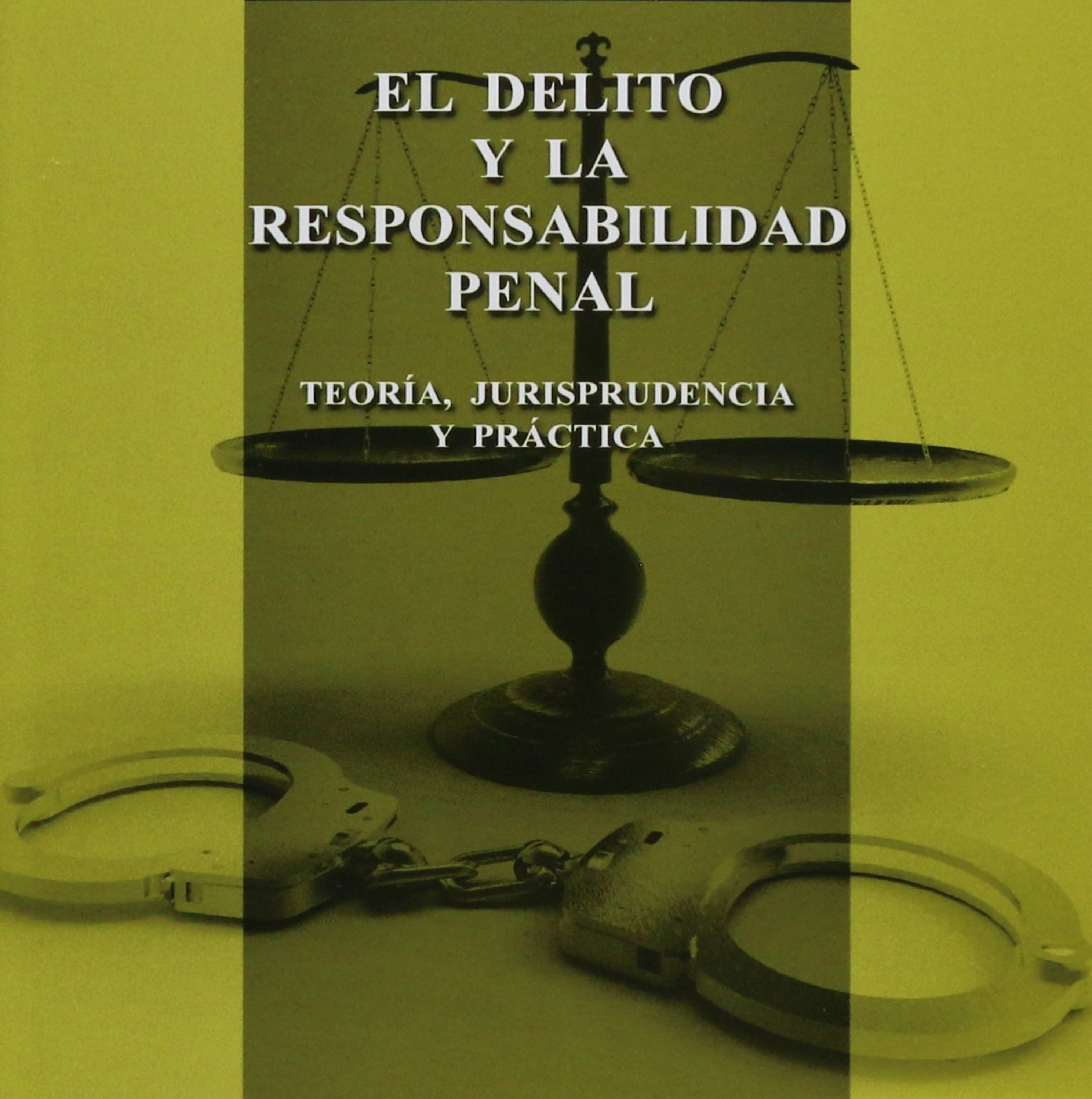
MIGUEL ÁNGEL AGUILAR LÓPEZ

EL DELITO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL

TEORÍA, JURISPRUDENCIA Y PRÁCTICA



EditorialPorrúa®

MIGUEL ÁNGEL AGUILAR LÓPEZ

Magistrado de Circuito, Doctor en Derecho, Profesor de Posgrado de la UNAM, INACIPE, Escuela Judicial del Poder Judicial Federal, Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y del Instituto Federal de Defensoría Pública, entre otras Universidades e Instituciones del país, en temas relacionados con la Teoría del Delito, Garantías Individuales, Amparo y Proceso Penal.

EL DELITO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL

TEORÍA, JURISPRUDENCIA Y PRÁCTICA

CUARTA EDICIÓN

EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA, 15
MÉXICO, 2008

Primera edición, 2005

Derechos reservados © 2008, por
Miguel Ángel AGUILAR LÓPEZ
Cerro del Chinaco 147, Col. Campestre Churubusco
Del. Coyoacán, 04410, México, D. F.

Las características de esta edición son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, S.A. de C.V. — 8
Av. República Argentina, 15, 06020 México, D. F.

Queda hecho el depósito que marca la ley

ISBN 978-607-9-00005-9

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

A mi esposa
Marisa,
por su amor
que fecunda mi espíritu

A mi padre
Ángel Aguilar Neri
por su honestidad
que ejemplifica e ilumina
mis circunstancias de hombre

Derechos reservados © ... por
Miguel Ángel Aguilar López
Cerro del Chiquihuite 147, Col. Campestre Churubusco
Del. Coyoacán, 04410, México, D. F.

Las características de esta edición son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, S.A. de C.V.
República Argentina, 15, 06020 México, D.F.

Queda hecho el depósito que marca la ley

ISBN 978-607-9-00005-0

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

CONTENIDO

Palabras a la segunda edición XII
Prefacio XIII
Prólogo: Carlos Daza Gómez y José Nieves Luna Castro XVII
Notas alusivas a la presentación de la tercera edición XXI
Notas alusivas a la presentación de la cuarta edición XXXV
Introducción XXXVII

PRIMERA PARTE
EL SISTEMA EN LA TEORÍA DEL DELITO

I. Sistemática de la Teoría General del Delito 1
II. Elementos integrantes del injusto penal 5
1. Acción 5
2. Tipicidad 6
3. Antijuridicidad 7
III. Elementos integrantes de la responsabilidad penal 7
1. Culpabilidad 7
IV. Evolución doctrinal de la Teoría del Delito 8
1. El sistema clásico 9
2. El sistema neoclásico 11
3. La teoría de la acción final 13
4. El sistema racional-finalista de la teoría del delito 16
V. La definición del delito 20
1. ¿Es la punibilidad una categoría autónoma de la definición de delito? 27
VI. La clasificación de los delitos 28

SEGUNDA PARTE
EL INJUSTO PENAL

I. Conducta 29
1. La relevancia en el concepto de acción 30
1. Acción y consumación. Característica temporal 36
2. Lugar de acción 38
3. Ausencia de acción 39
a. Fuerza irresistible 39
b. Movimientos reflejos 42
4. La incapacidad de acción de las personas jurídicas 43
5. Acción y resultado 46
6. Relación de causalidad e imputación objetiva 50
a. La aportación de Daza Gómez 60
b. La postura de Medina Peñaloza 62
c. Las consideraciones de Díaz Aranda 63

7. Conclusiones provisionales 65
8. El problema causal en la jurisprudencia 67
9. Valoración global del problema causal 70
2. La omisión 73
1. Estructura ontológica de la omisión 75
2. La causalidad en la omisión 76
a. La relación de causalidad en las infracciones de comisión por omisión 80
b. La posición de garante en la comisión por omisión 80
c. La acción esperada 84
3. Clases de omisión penalmente relevante 85
a. Los delitos de omisión simple, propia (o pura) 85
b. Los delitos de omisión compleja, impropios o de comisión por omisión 88
c. Analogías y diferencias entre el delito de simple omisión y de comisión por omisión 91
II. Tipicidad 92
1. Tipo de injusto 93
2. Tipo y adecuación social 96
3. Estructura y composición del tipo 97
4. La concepción del tipo penal en México 117
1. La contribución de Jiménez Huerta 118
2. La aportación de Márquez Piñero 119
3. La tesis de Sosa Ortiz 120
4. Las aportaciones de Luna Castro 121
5. El injusto en los delitos dolosos 122
6. La prueba del dolo en el proceso penal 126
7. Error de tipo 130
8. Otros elementos subjetivos del tipo de injusto 138
9. El injusto en los delitos culposos 140
1. La acción típica: la lesión del deber objetivo de cuidado 142
2. Elementos cognoscitivos y volitivos de la culpa 142
3. El resultado: la imputación objetiva 143
4. Diferencia entre dolo eventual y culpa con representación 145
10. Estudios dogmáticos ejemplificativos 150
1. Delito contra la salud en las modalidades de introducción y extracción al país de narcóticos, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito; y, fomento para posibilitar la realización de las modalidades antes mencionadas 157
2. Delito contra la salud, en la modalidad de posesión con fines de comercio 163
3. Contra la salud en la modalidad de posesión (privilegiada) de narcótico 168
4. Contra la salud, en la modalidad de transporte de stupefacientes, en grado de tentativa 171

5. Contra la salud, en la modalidad de transporte de narcótico, en la que se utilizó a un menor de edad 175
6. Delito previsto y sancionado por el artículo 138, párrafo primero, de la Ley General de Población 177
7. Delito previsto y sancionado por el artículo 138, párrafo primero y último de la Ley General de Población 180
8. Equiparable al contrabando, en la modalidad de el que no declare en la aduana a su salida del territorio nacional, cantidades en efectivo o cheques, o una combinación de ambas, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a treinta mil dólares de los Estados Unidos de América 184
9. Introducción Clandestina al país de arma de fuego y municiones reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacional 186
10. Operaciones con recursos de procedencia ilícita, en las modalidades de invertir recursos dentro del territorio nacional; y, custodiar y transportar recursos, del territorio nacional hacia el extranjero; en ambos casos, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con el propósito de impedir conocer el origen, destino o propiedad de los mismos 188
11. Portación de arma de fuego reservada para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea 193
12. Portación de arma de fuego sin licencia 197
13. Violación a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada 199
14. Violación a la Suspensión 206
III. Tipos de imperfecta realización: actos preparatorios punibles y tentativa 212
1. Consumación formal y material 212
2. Tentativa y frustración 214
1. Fundamento del castigo de la tentativa y la frustración en el Código Penal Federal 220
2. El dolo en la tentativa y la frustración 229
3. La delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos 237
4. La distinción entre tentativa y frustración 241
5. Delito imposible y tentativa inidónea 243
6. El desistimiento voluntario de consumar el delito 245
IV. Autoría y Participación 249
1. Autoría 251
1. Diferencias entre autoría y participación 252
2. Formas de autoría 257
a. Autoría directa o material 258
A) Concepto unitario de autor 259
B) Concepto extensivo 261
C) Concepto restrictivo 262

b. Autoría mediata 269
c. Coautoría 271
2. Participación 276
1. Formas de participación 279
a. La instigación o inducción 280
b. La complicidad 284
A) Formas de participación tentada 288
B) Formas de participación por omisión 289
c. El encubrimiento 292
V. Antijuridicidad 296
1. Antijuridicidad e injusto 296
1. Antijuridicidad formal y material 299
2. Los conceptos de lesión y de peligro 301
3. Desvalor de acción y desvalor de resultado 301
2. Causas de licitud 305
1. Naturaleza y efectos 306
2. Elementos subjetivos de licitud 307
3. El error en las causas de licitud 308
4. Justificación incompleta y atenuación de la pena 310
5. Las causas de licitud en particular 310
a. La defensa legítima 311
b. El estado de necesidad 326
c. El cumplimiento de un deber 332
d. El actuar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho 336
e. El consentimiento 340

TERCERA PARTE
TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

I. Culpabilidad 345
1. La culpabilidad 345
1. Las insuficiencias del concepto tradicional de culpabilidad . 346
2. Concepto material de culpabilidad 354
3. Elementos de la culpabilidad 359
2. Imputabilidad o capacidad de culpabilidad 364
1. Causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad (causas de inimputabilidad) 366
a. La minoría de edad 367
b. Alteración de la percepción 369
c. La enajenación y el trastorno mental transitorio 369
d. Las *"actio liberae in causa"* 373
3. Conocimiento de la antijuridicidad 378
1. Error de prohibición 379
4. La no exigibilidad de otra conducta 383
1. El llamado estado de necesidad inculpante 385
2. Miedo insuperable 386

II. La determinación de la pena 386
1. Concepto, sistema y fases de la individualización de la pena 387
1. Determinación cuantitativa de la pena 395
2. Arbitrio judicial 396
3. Precisión que debe existir en la graduación de la culpabilidad, para dar claridad y congruencia a las penas impuestas 398
4. Supuestos 404
a. La pena máxima y mínima en grado 405
b. La elección de la pena concreta 406
c. Cuestiones generales sobre la estimación de las circunstancias 410
d. Reglas de aplicación en atención a las circunstancias modificativas de la responsabilidad 411
III. Medidas de seguridad 413
1. Las medidas de seguridad 414
2. Medidas de seguridad para inimputables como alternativa de prisión . . 418
3. Medidas de seguridad en el sistema vicarial 420
IV. Concurso de delitos y de leyes 421
1. Unidad y pluralidad de delitos (concurso de delitos) 422
1. Unidad de acción y de delito 425
2. Unidad de acción y pluralidad de delitos (concurso ideal o formal) 436
3. Pluralidad de acciones y de delitos (concurso real) 444
4. Pluralidad de acciones y unidad de delito 448
5. Aplicación de sanciones en el concurso 449
6. Concurso real y concurso de modalidades de un mismo delito 450
2. El delito continuado 453
1. El delito masa 458
3. Concurso de leyes 460
V. La responsabilidad civil derivada del delito 464
1. Concepto y naturaleza 465
2. Extensión de la responsabilidad civil derivada de delito 471
3. Personas civilmente responsables 472
1. Responsabilidad civil en caso de determinadas eximentes . 476
2. Responsables civiles subsidiarios 477
A manera de epílogo 479
Bibliografía 481

PALABRAS A LA SEGUNDA EDICIÓN

La benevolente acogida que ha tenido la presente obra en su primera aparición, ha sido el principal estímulo que impulsa a la segunda edición, separada de la precedente apenas por brevísimo lapso.

Expreso la satisfacción de que la obra ha respondido con eficacia al propósito que la inspiró: hacer posible una aplicación del Derecho Penal, a través de su estudio científico, sustentado en la construcción de una Dogmática Jurídico Penal mexicana, pues la experiencia judicial muestra que cuando menos desarrollado esté ese método, mayor grado de imprevisible existe en la decisión de los tribunales.

Con el interés de seguir coadyuvando a esa ardua tarea, me comprometo con quienes han consultado mi sencilla obra, a preparar, como ya lo hago desde ahora, estudios dogmáticos para completar el esquema trazado en la primera edición.

Agradezco a los alumnos que han alentado mi esfuerzo y posibilitan el mejoramiento de la obra en comento a través de sus constantes inquietudes.

Primavera 2006

Miguel Ángel AGUILAR LÓPEZ

PREFACIO

En el principio era el caos...

Muy joven tuve la oportunidad de leer a los clásicos de la literatura universal; el tiempo me ha permitido experimentar circunstancias semejantes a las que pensé sólo existirían en textos, incluso el caos, especialmente, el intelectual.

Recuerdo a Delfos como el centro religioso de Grecia, donde se asentaba el Oráculo de Apolo; quienes lo consultaban, recibían de una sacerdotisa en trance, palabras inconexas a las que un sacerdote daba coherencia en forma de ambiguos proverbios, a partir de los cuales, el consultante extraía una predicción que era tan contradictoria como las recomendaciones de una moderna comisión de expertos.

Mientras fui estudiante, pensé que las contradicciones habían quedado en el pasado; así es que me ocupé de interrogantes imposibles de eludir, por ser tan profundas y, sin embargo, poco atendidas por los expertos : ¿por qué y para qué el Derecho? Es una interrogante que me ha acompañado en mi vida; la he encontrado en mi función de ministerio público, defensor, juez, magistrado, profesor; y sigo en busca de respuestas claras.

El desarrollo profesional me condujo a nuevas interrogantes: en la función de concretizar la norma general al caso concreto, se debe responder si un hecho es delito, si una persona es responsable penalmente y, previa afirmación de ambos supuestos, imponer las sanciones correspondientes. Razón por la cual, he tratado de precisar ¿qué es el delito o injusto penal?; ¿cómo se determina el juicio de adecuación entre ese hecho y su autor?

Encontrar una pluralidad de respuestas no me dio seguridad, porque cada autor consultado me ofrecía teorías diversas e incluso inconexas con los treinta y cuatro códigos penales que rigen en México; recurrir a los especialistas en el tema me hizo sentir como si estuviera en Delfos: múltiples doctrinas extranjeras y poco conocimiento de la amplia legislación nacional determina que las consultas se resuelvan en forma ambigua, por lo que la solución de cada caso se asemeja a la predic-

ción obtenida de un oráculo y puede resultar tan contradictoria que parece casi imposible sistematizar el Derecho Penal mexicano. Confusión que en los últimos años ha llevado al endurecimiento del juicio que la ciudadanía hace de las instituciones de procuración y administración de justicia, hasta llegar a su desconocimiento, para hacerse justicia por mano propia. Luego, el caos no sólo era al principio, sino que sigue vigente.

¿Cómo resolver las constantes interrogantes que me suscitan a diario los casos concretos sometidos a mi conocimiento? Recuerdo cuando un amigo magistrado me comentaba un asunto que en el tribunal colegiado los llevaba a soluciones diversas, no obstante que coincidían los tres en conceder lisa y llanamente el amparo y protección de la justicia federal: cuatro sujetos que huían con el dinero del que se apoderaron mediante el robo, se enfrentaron a elementos policíacos a balazos, uno de los proyectiles que disparó un policía, quien se encontraba herido, se impactó en la encargada de un expendio de periódicos y revistas, causándole la muerte. Dicho elemento policiaco fue sentenciado por homicidio simple intencional en primera instancia; en la segunda instancia se modificó esa determinación y se le condenó por el delito de homicidio culposo. Los magistrados difirieron en la causa por la cual se concedería el amparo: defensa legítima, cumplimiento de un deber y caso fortuito, respectivamente, fueron las excluyentes del delito que cada uno sostuvo para la protección constitucional. Al llevar este problema jurídico penal a diversos foros, algunos estiman se actualiza la ausencia de conducta o la no exigibilidad racional de otra conducta. Como puede advertirse, la diversidad de criterios en la solución, provoca un caos jurídico que desemboca en la inseguridad jurídica, ello es así, pues para algunos estudiosos había que imponer, conforme al Código Penal Federal, una pena que puede ser actualmente hasta de veinticuatro años (homicidio simple), de seis años (homicidio culposo), o motivaría un ascenso, incluso un premio (cumplimiento de un deber).

Resolver con certeza jurídica, con la destreza de un cirujano de corazón o de cerebro, requiere ser poseedor de un método y de una técnica, ¿cuál?. La más avanzada, la más moderna, estimo consistente la dogmática jurídico penal, entendida como el método científico de las ciencias sociales, a través de la cual se pueden obtener los conceptos contenidos en la ley y no por creencias, costumbres o criterios sustentados en juicios de valor sin método alguno.

Mi propia reflexión me llevó a buscar la explicación científica del Código Penal Federal; encontrar su estructura me ayudó a identificar los elementos positivos y negativo de la acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, enriquecidos con la jurisprudencia

emitida por los tribunales federales. Sólo así he podido cumplir mi función con la eficacia del razonamiento y proporcionarme la herramienta que necesito como juzgador y académico.

Las primeras notas quedaron plasmadas en las sentencias dictadas; su posterior sistematización conformó mi trabajo doctoral; la experiencia de los casos que he conocido, su enriquecimiento con las aportaciones científicas y metodológicas de amigos estudiosos del tema han quedado plasmadas en esta obra que someto al juicio crítico propositivo de mis lectores, a quienes agradeceré me ayuden a clarificar ¿qué es el injusto penal?, ¿cómo se determina el juicio de adecuación entre ese hecho y su autor? Tal vez juntos, algún día, logremos erradicar de nuestra vivencia judicial el caos que ha imperado durante años.

La obra no pretende ser un libro de texto pero espero que los interesados en la materia en cuestión encuentren un material de estudio y documentación bibliográfica que los motive a profundizar en los temas y a enriquecer este intento de sistematización nacional que inicio y que, debo reconocer, no es autodidacta, pues soy deudor de muchas instituciones y personas que comparten mi preocupación: encontrar la justificación de la respuesta a lo que es el Derecho, el injusto y la responsabilidad penal, así como el por qué y el para qué de estos. Expreso mi gratitud a la licenciada Araceli Trinidad Delgado, compañera profesora y en la función judicial, por su valiosa colaboración, hasta el extremo de que sin ella no sería posible la estructura, sistematización y creación de esta obra. A mis alumnos, esperanza y realidad de un México sustentado en la justicia social. A mis amigos, destacadamente a JULIO HERNÁNDEZ PLIEGO, CARLOS DAZA GÓMEZ y JOSÉ NIEVES LUNA CASTRO, al primero por ser el conducto a la casa editorial que publica la obra; y, a los otros dos, por coincidir en la vida y en un sentimiento de hermanos, lo que motivó sus palabras en el prólogo de la misma. A mi familia que generosamente otorgan sentimiento, lealtad, honestidad, coraje, dignidad, tiempo y espacio, para concretizar un logro común: trascender durante y después de la vida.

Miguel Ángel Aguilar López

PRÓLOGO

No es fácil aceptar la importante labor de prologar una obra jurídica inédita, empero, la voluntad, así como el amable y sincero ofrecimiento por parte del autor, a quien en lo personal respetamos y admiramos, nos lleva a aceptar esta responsabilidad con la esperanza de lograr, al menos de manera suficiente, la selección precisa de aquellos aspectos tan sólo ejemplificativos de esta brillante obra, dado la abundancia de aspectos positivos que según advertimos, le son inherentes.

Y es que en ella se contienen múltiples cuestiones de interés y aspectos sobresalientes que por sí mismos, cada uno, justificaría la importancia y trascendencia del trabajo desarrollado por el autor, no obstante, dado que no sería posible destacarlos todos en un prólogo, se opta por señalar como sobresalientes únicamente algunas de las cuestiones que, primero como tesis doctoral y ahora como importante obra de consulta, advertimos como parte de su contenido.

MIGUEL ÁNGEL AGUILAR LÓPEZ ha descrito, con bellas y acertadas palabras, el estado o condición en que se encuentra la impartición y administración de justicia de nuestro país. A juzgar por sus palabras, como lo podrá apreciar el lector que tenga en sus manos esta fundamental obra, en ella se afronta, entre muchas otras de la misma importancia, una temática que ha constituido el centro de las discusiones doctrinales de mayor relevancia y actualidad en nuestro medio.

Así es, en el trabajo que nos honra presentar, se pone de manifiesto una vez más que, si bien es cierto la división de injusto y responsabilidad penal representa uno de los avatares de la Ciencia Jurídico-Penal mexicana, entre otros, basado en el esfuerzo por tratar de asimilar esta división, y aun cuando en sí mismo y desde una correcta perspectiva técnica-jurídica, no pareciera contener ninguna complicación para la solución de casos, sin embargo, esta cuestión en la práctica se ha traducido en un malentendido (y para muchos, quizá, en un desacuerdo insuperable) entre concepciones sistemáticas —causalismo y finalismo—, que el jurista se ve obligado a conocer y aplicar, de manera que las consecuencias de ello han determinado

la marcha doctrinal de nuestro país en todas sus esferas de la Ciencia Jurídico-Penal.

Otro aspecto importante que no queremos soslayar en cuanto al contenido de esta obra, es sin duda la exposición concreta de lo que el autor denomina "Estudios dogmáticos ejemplificativos", donde de manera detallada se atienden en particular, hipótesis de acreditación de diversas figuras delictivas contenidas en la legislación nacional, lo cual además de aportar los criterios personales del autor, da muestra del cuidado por ocuparse, al menos de algunos de los aspectos más controvertidos en la práctica cotidiana de aplicación penal en el ámbito federal.

Afortunadamente para la dogmática nacional, este estudio que nos ofrece **AGUILAR LÓPEZ** representa una obra útil por tratarse de la culminación de un gran esfuerzo por combinar la teoría con la práctica, esto basado en la actividad que día a día lleva a cabo en la impartición de justicia como magistrado federal, función que le ha permitido demostrar el fino conocimiento y aplicación de la dogmática Jurídico-Penal para la solución de casos reales y trascendentales y no sólo de escritorio o laboratorio teórico.

Y es que la función jurisdiccional conduce a la vivencia directa del dilema y también llamado "Drama jurídico-penal", en cuanto a la aplicación de las normas punitivas a supuestos concretos, alcanzando en casos como el de nuestro autor, una gran experiencia que sin duda redunda en beneficio del propio ejercicio conforme a los principios de superación y excelencia.

Aunado al aprendizaje derivado de la práctica cotidiana de tan delicada y compleja labor, nuestro autor ha destacado igualmente en el ámbito académico y la labor docente de muy alto nivel, lo cual no es ni ha sido nunca tarea fácil, pero, sin duda, el lograr sobresalir simultáneamente en tan importantes áreas, otorga, por consecuencia, un carácter y una formación de mejor juzgador, esto al ser un juez cuyos actos se fundan en el estudio y conocimiento no sólo de los hechos concretos sometidos a su potestad, sino también de la ciencia del derecho y las consecuencias de su aplicación; un mejor docente porque tiene el *plus* de conocer la realidad en la que se aplican las hipótesis teóricas y propias de la dogmática. En resumen, el juez-maestro que logra un conocimiento pleno de lo que juzga y de lo que enseña.

Esta clase de tributos, que no se encuentran comúnmente como respaldo de quien emite una obra jurídica, los tiene el autor de este libro y ello bastaría para destacar el interés con el que debiera acogerse entre sus lectores.

Serán muchos los estudiantes y profesionales del Derecho que puedan beneficiarse con el contenido de este trabajo; de su particular y original contenido en cuanto a algunos de los aspectos que trata y de la riqueza con que profundiza, que aunque ya polémicos de antemano, no dejan de ser de constante replanteamiento y necesaria actualidad.

Preferimos dejar al resultado de la particular lectura y el interés de aquel que haga suya la riqueza del contenido del presente libro, la posibilidad de descubrir la manera elegante pero objetiva con la que el autor transcurre entre las temáticas tan controversiales, pero siempre apasionantes del Derecho penal, pues en estas breves palabras no podríamos pretender descripción tal que mostrara plenamente lo trascendente de dicho contenido.

Queremos expresar nuestro agradecimiento al autor por distinguirnos con la oportunidad de presentar su libro, que es una culminación de lo que en un inicio fue su tesis doctoral y que defendió brillantemente en septiembre de dos mil dos, en la Universidad Autónoma de Tamaulipas, ante el jurado correspondiente, del cual, también de manera honrosa, fuimos integrantes por designación de la propia Universidad; ocasión en la que dicho trabajo —que ahora se presenta como un libro destacado— con todo merecimiento, fue calificado como sobresaliente.

Finalmente, hacemos patente nuestra felicitación y reconocimiento a Editorial Porrúa por haber asumido la publicación de esta obra que en realidad creemos de gran interés y utilidad en el ámbito jurídico-penal de nuestro país.

Primavera de 2005

CARLOS DAZA GÓMEZ
JOSÉ NIEVES LUNA CASTRO

NOTAS ALUSIVAS A LA PRESENTACIÓN DE LA TERCERA EDICIÓN

PRIMERA PARTE: El Sistema en la Teoría del Delito

La relevancia sistemática de la teoría del delito se destaca en:

a)Determinar el objeto, cuya elaboración científica corresponde al penalista. El objeto de la Ciencia Jurídico Penal es el Derecho Penal positivo.

b)El Derecho positivo no se reduce al conjunto de estructuras lógico-formales, esto es, a los elementos sociológicos, políticos o éticos; sino a la realidad cultural, a los hechos sociales regulados por las normas y a los fines que éstas persiguen.

El *legislador* selecciona las conductas que niegan los valores jurídicos.

Al *Derecho Penal* corresponde proteger los *bienes jurídicos* de mayor trascendencia.

Uno de sus *principios rectores*, es el relativo al bien jurídico, mediante el cual se *establecen* los mínimos y máximos de las sanciones, la *penalización* o despenalización de alguna conducta, pero también sirve para *sistematizar* el Código Penal.

El *Juzgador* trata de convencer a diferencia del legislador que sólo ordena.

Establecer el Derecho positivo en la ley implica: interpretar, sistematizar y criticar.

La función de la Dogmática será, entonces, garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder punitivo.

El injusto: es el desvalor del hecho; en tanto que la culpabilidad: es el desvalor sobre el autor.

En el articulado del Código Penal encontramos el comportamiento concreto de sus destinatarios.

La acción, sin consideración a la voluntad, tan sólo sirve para dejar fuera a los actos provenientes de los animales o de la naturaleza.

Es la fracción I del artículo 15 del Código Penal Federal la que prevé la causa legal de la ausencia de conducta:

Dentro de la cual podemos incluir a los supuestos en que se presenten los actos reflejos.

La norma contiene una descripción del comportamiento, así como la correspondiente consecuencia, que en materia penal llamamos punibilidad.

De ahí que, la tipicidad sea consecuencia del principio de legalidad.

Lo antijurídico es, en términos generales, lo contrario a Derecho. El Estado hace permisible determinado comportamiento, mediante las causas de justificación.

Para atribuir una acción, típica, antijurídica, se necesita que el sujeto tenga capacidad cognoscitiva y valorativa (de conocer y querer).

A fin de integrar la responsabilidad penal, se requiere de determinar la motivación de la norma. Esto es, valorar la culpabilidad del autor; incluida su imputabilidad, la conciencia de antijuridicidad, y la exigibilidad de otra conducta.

Las causas de justificación se refieren a comportamientos permitidos. Pero, tratándose de una conducta exculpada, ésta no es aprobada, no es permitida, sino prohibida.

Es necesario resaltar que son diferentes los efectos jurídico-penales por la ausencia de: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, o la culpabilidad.

Su desconocimiento conlleva conculcar garantías de: legalidad, seguridad jurídica, debido proceso y adecuada defensa.

La evolución doctrinal de la teoría del delito, nos lleva a situar al sistema clásico como aquél que parte del positivismo naturalista, que prevé como elementos del delito a la acción (con referencia a la causalidad), a la tipicidad, a la antijuridicidad (como el aspecto objetivo), y a la culpabilidad (en su sentido subjetivo).

El sistema neoclásico, parte del neokantismo, conforme al cual el Derecho Penal está referido a fines y valores. Se descubren los elementos normativos en el tipo. La antijuridicidad no solo será formal, sino material. La culpabilidad deja de ser sólo psicológicamente observable, para complementarse en el aspecto normativo (con los elementos: imputabilidad, —dolo/culpa—, y normalidad de las circunstancias bajo las que obra el autor).

Para la teoría de la acción final, la acción determina la estructura sistemática, mediante la anticipación mental. La correspondiente selección de los medios, el hombre controla el curso causal. En el tipo se describe la estructura final de la acción (dolo/culpa). La culpabilidad se integra por: imputabilidad, conciencia del injusto, y exigibilidad de otra conducta.

En cuanto al sistema racional-finalista, Jakobs (funcionalista radical) parte de la base de conceptos como casualidad y acción (que no tienen un contenido prejurídico para el Derecho Penal, sino que se determinan por la necesidad de regulación jurídica). La culpabilidad cumple el fin de la pena, desde su perspectiva preventivo-general positiva, esto es, la fidelidad al Derecho.

Mientras que en Roxin (funcionalista moderado) las bases se constituyen de la política-criminal, de la moderna teoría de los fines de la pena. En materia preventiva general y especial. Su sistemática está determinada por dos juicios de desvalor: en el injusto y en la responsabilidad (conformada por la culpabilidad y la necesidad de pena).

Para definir al delito el Magistrado Aguilar revisa los artículos 13 a 23 constitucionales (en los cuales se asientan valores como: la libertad, la vida, la propiedad, la posesión), que prevén las garantías de: legalidad, defensa, seguridad jurídica. Los principios de: culpabilidad, duda absolutoria, *non reformatio in peius*, defensa adecuada, presunción de inocencia, *non bis in idem*, debido proceso, exacta aplicación de la ley.

Del artículo 160 de la Ley de Amparo, *a contrario sensu* prevé el debido proceso.

La parte general del Código Penal se refiere al delito, al delincuente, a la pena. En su parte especial hace un análisis de los delitos en lo particular.

Es tradición que los Códigos Penales incluyan una definición del delito. El de 1871 establecía, el delito es "la infracción voluntaria de una Ley Penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda".

El de 1912 especificaba "son delitos las infracciones previstas en el Libro Tercero de este Código y de las demás designadas por la ley bajo esta denominación".

El Código Penal Federal vigente no tiene un concepto formal del delito, al prever los elementos subjetivos 'dolo y culpa".

Para el Magistrado Aguilar, el delito requiere de ser una acción típica antijurídica (constitutiva del injusto), culpable y con las condiciones objetivas de impunibilidad y punibilidad.

La ausencia o concurrencia de la punibilidad no impiden la configuración de la antijuridicidad o de la culpabilidad, sólo de la conveniencia político-criminal de la pena.

Al manifestarse sobre si la punibilidad es una categoría autónoma anota: la inclusión de la punibilidad en el concepto de delito, a pesar de tener este elemento un contenido propio, de hacer referencia

a otros presupuestos de la pena, no sería lógicamente correcta, pues las condiciones objetivas de punibilidad (hostigamiento sexual y falsificación de documentos) y las excusas absolutorias (posesión de narcóticos de farmacodependientes y robo de famélico) son muy escasas en nuestro Código Penal Federal y no puede, por ello, decirse que constituyan elementos esenciales del delito.

En opinión del Magistrado Aguilar, cada elemento del delito equivale a un presupuesto de la punibilidad, y en consecuencia para dictar sentencia condenatoria es preciso que todos se hayan verificado.

Cada sociedad tiene sus propios delitos, que responden a sus propias estructuras sociales y culturales.

SEGUNDA PARTE: El injusto penal

El Derecho penal se ocupa del elemento psíquico, sólo en relación con la acción externa, porque la convivencia social se ve afectada por manifestaciones exteriores de la voluntad humana. El delito no es nunca el pensamiento de delinquir, sino la acción conforme a ese pensamiento.

¿Cuál es la relevancia del concepto de acción?

El concepto de acción resulta imprescindible, no sólo para poder estructurar la teoría del delito y, desde luego, ubicar sus elementos, sino para poder deducir conceptos fundamentales, como el dolo y la culpa.

La acción u omisión cumplen en la teoría del delito la función de elemento básico, pero no unitario, del sistema.

Los Tribunales no comienzan preguntándose "si el sujeto realizó la acción", sino "qué acción realizó".

En el concepto de acción cabe apreciar los siguientes elementos: un comportamiento humano (positivo o negativo), el dominio efectivo de ese comportamiento o cuando menos la posibilidad de ser dominado por la voluntad humana; y la relevancia social.

En juicio del Magistrado Aguilar, no sólo hay acción cuando hay imputación objetiva. Puede haber acción, incluso punibilidad, aunque el resultado no sea concreción del peligro jurídicamente desaprobado representado por la acción del autor; sólo si el autor se mantiene dentro de un riesgo permitido se podrá afirmar la ausencia de la acción.

Como elementos del tipo penal, de acuerdo al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, previo a la reforma del '99, contaban: a) la existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, de la puesta en peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido; b) la forma de intervención de los sujetos activos; y c) la realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Conforme a la teoría de la ley penal, debe atenderse al momento y al lugar de la acción, esto es, siguiendo las teorías de la actividad y del resultado, por sus efectos jurídicos.

Los delitos en cuanto a su consumación, pueden ser: instantáneos, permanentes, o continuados. En este rubro y para diferenciarlos, aporta jurisprudencias.

Bajo los supuestos de: fuerza irresistible, inconsciencia y movimientos reflejos, dejamos a la ausencia de acción.

La fuerza irresistible está prevista por la fracción I del artículo 15 del Código Penal Federal. En la práctica, la fuerza irresistible es importante en los delitos de omisión *(vis maior)*.

También los movimientos reflejos constituyen aspecto negativo de la acción.

En nuestro ordenamiento jurídico rige el principio *societas delinquere non potest*, según el cual sólo pueden ser sujetos activos de un delito las personas físicas.

La principal preocupación en la doctrina y, por supuesto, en la jurisprudencia, consiste en determinar los presupuestos que deben concurrir para que se pueda afirmar que un determinado resultado es consecuencia de la acción, como se aclara en los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación citados por el autor, relativos al: nexo de causalidad, relación de causalidad y efecto en el homicidio, responsabilidad penal y causalidad.

Este tema nos lleva a distinguir el desvalor de la acción (en la actividad) del desvalor del resultado (en el resultado).

El resultado, es el efecto natural de la acción "relevante" para el Derecho Penal. La importancia de diferenciar entre acción y resultado se pone de manifiesto también a la hora de determinar antijuridicidad del hecho, al distinguirse entre desvalor de acción y desvalor del resultado.

Como presupuesto de la imputación, debe comprobarse primeramente si el autor ha causado el resultado, problemática que sólo se plantea en los delitos comisivos, lo que permite deducir que la causalidad no es condición indispensable de la imputación del resultado en los delitos de omisión impropia, porque la omisión no causa nada.

Las jurisprudencias consultadas toman como base el estudio de la *teoría de la equivalencia de las condiciones.*

Para la *teoría adecuación*, no toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico, sino sólo aquélla que generalmente es adecuada para producir el resultado.

La *teoría de la causa jurídicamente relevante* abre el camino al concepto de imputación objetiva como requisito adicional del tipo donde se examine la relevancia jurídico-penal de un curso causal.

Y ya que no es posible la interacción sin la constante puesta en peligro de bienes —piénsese en el riesgo de transmisión de enfermedades que comporta un simple darse la mano, o el peligro de intoxicación oculto en la más trivial ingesta de alimentos-, ciertos riesgos han de ser irremediablemente tolerados. Aquí cabe referirnos entonces a la figura del *riesgo permitido*.

Respecto de las posiciones sobre la imputación objetiva, el Magistrado Aguilar revisa las aportaciones hechas por DAZA GÓMEZ, MEDINA PEÑALOZA y DÍAZ ARANDA.

El problema causal fue importante en otras épocas porque, por imperativo del *versari in re ilicita* o de la responsabilidad por el resultado; bastaba la causación del resultado para que, sobre todo si éste derivaba de la comisión de un hecho ilícito, se le imputara al causante sin más exigencias posteriores.

En resumen, se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo.

La omisión es, sin duda, al lado de la acción positiva, una forma de conducta humana que, en ocasiones, puede revestir exactamente el mismo significado social que ésta. Pero es una forma de conducta ontológicamente distinta a la acción positiva. Por eso resulta en vano buscar en la omisión exactamente los mismos elementos y las mismas cualidades que en el hacer activo.

La trascendencia práctica del problema estriba en que para sancionar la omisión que produce un resultado típico, es preciso que concurra un elemento adicional que limita el ámbito de las conductas típicas: la posición de garante. Cuyas fuentes se desprenden del artículo 7 del Código Penal Federal y 16 del Código Penal del Distrito Federal (ley, contrato, actuar precedente).

Analogías y diferencias entre el delito de simple omisión y de comisión por omisión:

a) Con la simple omisión se viola una norma preceptiva penal. En los delitos de comisión, se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del Derecho y una norma prohibitiva.

b) En los delitos de omisión simple existe un resultado típico y en los delitos de comisión por omisión un resultado típico y material.

c) El delito de omisión simple es un delito de mera conducta y el de comisión por omisión es de resultado material.

La intervención del Derecho penal debe tener lugar sólo cuando para hacer cumplir la norma, no convengan otros medios menos dolorosos que la pena, que debe ser concebida como *ultima ratio*.

La estricta vinculación a la tipicidad, es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege*.

El Magistrado explica la relación del tipo de injusto y el tipo y la adecuación social

Advierte que de la relación existente entre tipo objetivo y tipo subjetivo se distingue entre tipos congruentes y tipos incongruentes.

Define los elementos descriptivos y los normativos o valorativos del tipo.

El artículo 124 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, que faculta al juez a emplear los medios de prueba que estime convenientes para acreditar los elementos del tipo y la presunta o plena responsabilidad de una persona, no infringe la garantía de legalidad contenida en el artículo 16 constitucional, ya que dicha norma no deja a su arbitrio tener por comprobados tales extremos, pues la propia ley establece los requisitos que habrán de satisfacerse para servir de motivación legal a la resolución que en el caso pronuncie sobre la situación jurídica de las personas sujetas a un proceso penal, es decir, esta facultad debe entenderse limitada formal y materialmente a los lineamientos establecidos en el propio Código adjetivo de la materia y fuero.

Están siempre presentes en la composición de todos los tipos: sujeto activo, sujeto pasivo, acción, bien jurídico. Del sujeto activo importa estudiar la calidad específica, por los delitos especiales en que se requiere la calidad de funcionario. Como medios determinantes: el engaño, el aprovechamiento del error.

Como ejemplo de los delitos de peligro concreto, están los ecológicos; de peligro abstracto, aquéllos que se dan contra la salud.

Para el Magistrado Aguilar, un tema debatido ha sido el concepto del tipo penal. En la legislación actual el artículo 168 prevé al cuerpo del delito conformado por elementos objetivos y normativos, el artículo 134 (ambos del Código Federal de Procedimientos Penales) lo complementa con los elementos subjetivos.

En la tesis de SOSA ORTIZ existe diferencia entre el cuerpo del delito y el tipo penal. Es inoperante ubicar al dolo y a la culpa como formas de la culpabilidad.

Según LUNA CASTRO el tipo es plurívoco.

El error en términos generales es la ignorancia o falsa apreciación de una situación. Durante mucho tiempo predominó en el Derecho Penal la división del error proveniente del Derecho Civil, que distinguía entre error de hecho y error de Derecho.

El error puede recaer sobre distintos elementos típicos. De ahí que se hable del error sobre el objeto de la acción: el error sobre la relación de causalidad; el error en el golpe.

Son pocos los juristas capaces de explicar con claridad a la culpa, pero son menos los que pueden hablar de sus elementos. Aguilar López advierte que la culpa se conforma con un elemento cognitivo que se determina a través de la previsibilidad del resultado típico; el autor tiene que haber conocido el carácter peligroso de su conducta respecto del bien jurídico. El elemento volitivo, es la libre apreciación de la conducta que se conoce (o se le puede conocer) como violatoria del deber de cuidado, o sea previsiblemente vulneradora del bien jurídico.

En la imputación objetiva, son criterios para determinar la culpa: la adecuación social, el riesgo permitido, la relación de antijuridicidad.

Se distingue al dolo eventual de la culpa conciente.

Alude a los problemas el *numerus clausus*, que trae impunidad por no estar en catálogo el tipo penal.

A manera de ejemplo, presenta estudios dogmáticos de delitos federales en particular:

- Delito contra la salud en las modalidades de introducción y extracción al país de narcóticos, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito.
- Delito contra la salud en la modalidad de posesión con fines de comercio.
- Contra la salud en la modalidad de posesión (privilegiada) de narcótico.
- Contra la salud en la modalidad de transporte de estupefacientes, en grado de tentativa.
- Contra la salud en la modalidad de transporte de narcótico, en la que se utilizó a un menor de edad.

Delitos en los que se observan las hipótesis previstas en los artículos 193, 194, fracción I, 196, fracción III, del Código Penal Federal.

- Delito previsto y sancionado por el artículo 138, párrafo primero, de la Ley General de Población: quien por sí o por interpósita persona, con propósito de tráfico, pretenda llevar o lleve a mexicanos o extranjeros a internarse a otro país, sin la documentación correspondiente.
- Introducción clandestina al país de arma de fuego y municiones reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacional.

- Portación de arma de fuego reservada para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea.
- Violación a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Para hablar de tipos de imperfecta realización (actos preparatorios punibles y tentativa) es menester referimos a la consumación formal y material.

En este sentido emplea la jurisprudencia sobre: La inexistencia de la tentativa en el delito previsto por el artículo 118 de la Ley General de Población (BRACEROS). En el delito tipificado en tal precepto no funciona la norma amplificadora de la tentativa, porque el propio tipo penal aludido sanciona ya, como conducta ilícita consumada, el simple hecho de "pretender" llevar a alguien a trabajar ilegalmente a territorio extranjero, creándose así un tipo de "resultado cortado" o "anticipado", por ser innecesaria la obtención de la finalidad propuesta por el "agente".

En materia de tentativa, cita jurisprudencia relativa al fraude en grado de tentativa y no de robo, del delito grave en grado de tentativa, de las calificativas que también se actualizan cuando un delito se comete en grado de tentativa.

El dolo debe concurrir —señala- para poder hablar de tentativa. Es necesario acudir al principio de ejecución, a verificar que no se produzca el resultado por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

Delimita entre actos preparatorios y actos ejecutivos, argumentando el *iter criminis*, que se da en una fase interna y una externa. Ejemplifica este punto con la jurisprudencia sobre el delito de circulación de billetes falsos, en grado de tentativa (si los billetes que pretendían ser puestos en circulación, fueron devueltos al activo por ser falsos.

Da la diferencia entre tentativa y frustración. Refiere que el Código Penal Federal lo refleja en la determinación de la pena, al disminuir el grado respecto al delito consumado en la frustración, y en dos terceras partes en la tentativa.

El delito imposible se presenta cuando por inidoneidad del objeto, de los medios o del sujeto, no puede llegarse a la consumación del delito efectivamente intentado.

Como excusa absolutoria revisa el tratamiento del desistimiento voluntario de consumar el delito (así como el arrepentimiento).

En relación a la autoría y participación analiza el artículo 13 del Código Penal Federal, las teorías clásicas, las modernas y funcionalistas. GONZÁLEZ SALAS CAMPOS afirma que hay que atender al rol que cada uno realiza. El del autor, es rol principal; el del partícipe es accesorio.

I. Autor intelectual
II. Autor material o directo
III. Coautoría
IV. Autoría mediata

Concepto unitario de autor
Concepto extensivo
Concepto restrictivo

Teorías:(fundamentos, tropiezos, consecuencias)

- Subjetiva Tiene ánimo de autor
- Objetivo-formal. El autor realiza un acto ejecutivo típico. El partícipe, cualquier otra contribución material.
- Objetivo-material. El autor es el que aporta la contribución más importante (en términos de la causalidad eficiente), participe es el que contribuye con aportaciones de mínima trascendencia.
- Teoría del dominio del hecho. Autor del delito es la persona que consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho, que tiene el dominio o señorío sobre el curso del mismo.

Dominio que se manifiesta en los subjetivo porque lo orienta a la lesión de un bien jurídico y, en lo objetivo, porque goza del poder de interrumpir en cuanto quiera el desarrollo del hecho.

Dominio cabe sobre la acción, sobre la voluntad, hay dominio funcional del hecho. Partícipe es quien realiza un aporte al hecho, sin llegar a dominarlo.

PARTICIPACIÓN

Trata la responsabilidad penal del partícipe por el delito emergente.

La instigación o inducción
La complicidad
La responsabilidad correspectiva o autoría indeterminada.

La doctrina mayoritariamente rechaza la posibilidad de aceptar el castigo al mero intento de instigar o de ser cómplice de un hecho, criterio compartido por el Magistrado Aguilar:

- Sea porque el aporte llega tarde;
- Porque la ayuda no es utilizada;
- Porque se da en la etapa de actos preparatorios y se abandona antes de comenzar su ejecución.

Establece los criterios sobre las formas de participación por omisión y el encubrimiento.

Distingue la antijuridicidad del injusto. El injusto es la acción, típica y antijurídica. Es el objeto de la valoración de la antijuridicidad. El injusto hace permisivo hablar de la desvaloración de la acción (acción, típica que contiene al dolo, antijurídica). Mientras que la antijuridicidad es lo contrario al Derecho, dividido su estudio en el ámbito formal y material (contrariedad al deber jurídico/lesión o puesta en peligro).

Las causas de licitud son observadas en cuanto a su naturaleza y efectos: las teorías monistas sostienen que las causas de licitud pueden encontrar respuesta en un sólo principio; en cambio, las teorías dualistas encuentran imposible explicar todas las causas de licitud en base a un principio único. Por tanto, surgen los principios rectores de:

a) Ausencia de interés. En el que cabe la figura del consentimiento.
b) Interés preponderante. Que admite al estado de necesidad justificante, a la legítima defensa, al cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

Utiliza diversas jurisprudencias, en materia de defensa legítima (caso en que no se constituye la agresión, caso de actuación de los policías, caso en que la agresión proviene del acusado, inmediatez de la provocación, excluyente en el fuero militar).

Malo Camacho, en el estado de necesidad afirma que existe la teoría de la unificación, en la cual la licitud opera en todo tipo de bienes. Respecto de la teoría de la diferenciación: dependerá de la clase de bienes (si son diferentes, habrá causa de licitud; si son iguales, habrá causa de exculpación).

En el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, recuerda la figura de la obediencia jerárquica (la orden del superior, en tratándose del Código de Justicia Militar, en el caso de los policías).

TERCERA PARTE: Teoría de la Responsabilidad Penal

La culpabilidad proviene de un hecho que puede ser reprochado, que supone una valoración negativa por no haberse observado la conducta conforme a Derecho.

Conforme a la teoría psicológica, la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, ésta tiene dos formas de expresión (el dolo y la culpa). Por tanto, sus únicos aspectos negativos lo fueron: el error (hecho, derecho), y la coacción.

En la teoría psicológica-normativa, la culpabilidad tuvo tres elementos positivos y los correspondientes negativos: imputabilidad (inimputabilidad); dolo/culpa (error hecho y derecho, coacción), normalidad de las circunstancias bajo las cuales obró el autor (inexigibilidad de otra conducta, como género).

La teoría final de la acción reubicó el contenido psicológico (dolo/culpa) como elementos del tipo (subjetivo), dejando a la culpabilidad conformada por: imputabilidad (inimputabilidad); conciencia del injusto o de la antijuridicidad (error de prohibición invencible); exigibilidad de otra conducta (inexigibilidad de otra conducta). Fracciones VII, VIII, b), y IX del artículo 15 del Código Penal Federal.

En el funcionalismo radical (JAKOBS) afirma que la culpabilidad está determinada por el fin de la pena (que en su caso será de prevención general), esto es, en la fidelidad a la norma.

El principio de culpabilidad:

- Constituye el fundamento y límite de la pena,
- Es una garantía frente al principio de responsabilidad objetiva
- Para determinar el grado de culpabilidad se atienden incluso los antecedentes penales (artículo 52 del Código Penal Federal).

Ejemplifica mediante: la emoción violenta y el trastorno mental que excluye la capacidad, la figura de la imputabilidad disminuida.

En los casos de imputabilidad cita: a la minoría de edad, a la alteración de la percepción, a la enajenación y al trastorno mental transitorio.

Como caso de excepción, a las *actio liberae in causa*. Cuya regulación, alcance en el Derecho Penal positivo mexicano, requisitos de integración, son descritos en las jurisprudencias elegidas y transcritas por el autor.

La problemática del error de prohibición está determinada por la vencibilidad o invencibilidad del mismo.

Entre las especies referidas por el autor, en relación a la inexigibilidad de otra conducta, están el estado de necesidad inculpantes, el miedo insuperable.

De la individualización de la pena, nos ilustra en lo que hace a su concepto, sistema, fases. Es necesario emplear el correcto ejercicio del arbitrio judicial, a fin de determinar adecuadamente el grado de culpabilidad (mínimo, equidistante entre el mínimo y el medio; medio; equidistante entre el medio y el máximo; o máximo).

Tomando en consideración, además, las reglas de aplicación en atención a las circunstancias modificativas de la responsabilidad

(atenuantes o privilegiadas —homicidio en riña, en duelo, por emoción violenta, con consentimiento de la víctima-; agravantes —premeditación, alevosía, ventaja, traición-).

Las novedades en la regulación del sistema de medidas de seguridad se reflejan en la adopción de nuevas técnicas legislativas, consecuencia de una nueva orientación político-criminal.

Dentro de las medidas no privativas de libertad, el Código Penal Federal establece: internamiento en centro psiquiátrico, de deshabituación, educativo especial.

En el rubro del concurso de delitos y de leyes, alude a la acumulación real e ideal. A la distinción entre unidad y pluralidad de delitos; a la unidad de acción y de delito.

La concurrencia de normas jurídicas —señala- comprende dos hipótesis distintas:

- La concurrencia de normas compatibles (se presenta el concurso de delitos, que origina la acumulación).
- La concurrencia de normas incompatibles (el juez mediante elección, resuelve el conflicto a favor de una de ellas, con exclusión de todas las demás).

El legislador describe como opciones para resolver dicha problemática, a los principios de:

- Acumulación. La pena de cada delito se determina por separado y luego se suman.
- Consunción o absorción. Le importa el desvalor de la conducta y del resultado. Se impone la pena correspondiente al delito más grave.
- Especialidad. Contiene todos los elementos que previene la norma general, más algún otro elemento específico que los adiciona.
- Subsidiariedad. Al concurrir dos o más normas de aplicación posible a un mismo hecho, se considera tiene aplicación la norma principal o primaria y no la subsidiaria, secundaria o supletoria.
- Pena unitaria. Se impone una pena unitaria sin consideración al número de las diversas infracciones delictivas.

Proporciona criterios distintivos del delito continuado (artículo 7 del Código Penal Federal):

- Cuando con unidad de propósito delictivo
- Pluralidad de conductas,
- Identidad en el sujeto pasivo,
- Se vulnera un mismo precepto legal.

La responsabilidad civil derivada del delito amerita revisar su concepto, naturaleza, extensión, personas civilmente responsables, el caso en que se presenten determinadas eximentes (causa de justificación-estado de necesidad), así como quiénes son responsables civiles subsidiarios (personas naturales o jurídicas no públicas, responsabilidad civil de la administración pública).

Aproximadamente *250* fuentes de investigación: bibliográficas, hemerográficas, legislativas, jurisprudenciales, dan sustento a esta obra de trascendencia jurídica creada por el prototipo de abogado, especialista, teórico, práctico, con visión integral en materia de procuración y administración de justicia.

DRA. VERÓNICA ROMÁN QUIROZ
Profesora de Posgrado en Derecho de la
Universidad Nacional Autónoma de México

NOTAS ALUSIVAS A LA PRESENTACIÓN DE LA CUARTA EDICIÓN

Con ocasión de su solemne investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad de Milán, el profesor Roxin mantuvo que el objetivo vital de todo profesor universitario debe ser el de influir en su entorno *"a través del pensamiento y de la palabra, y si, por ventura, este profesor es un estudioso del Derecho penal, el de aportar su propia contribución al logro de una convivencia social segura, pacífica y liberal"*.

La obra que tengo el honor de prologar responde fielmente a la propuesta de Roxin.

En primer lugar porque este volumen es la obra de un *estudioso del Derecho penal*, Magistrado de Circuito, con una larga trayectoria tanto en la docencia como en el orden jurisdiccional penal.

Ese acervo biográfico de Miguel Ángel Aguilar le habilita para acometer su estudio de la teoría del delito como auténtica *contribución propia*, en la que, al análisis académico, se añade esa visión comprometida con los problemas que sólo puede ofrecer quien, en su condición de juez, se ve implicado en ellos. En el plano científico, pero también en el humano.

No es desdeñable esta perspectiva profesional, que permite al autor eludir la tentación del bizantinismo que tan frecuentemente ha lastrado el devenir de la dogmática penal. Quién cotidianamente se enfrenta al conflicto dramático que es el delito, está en condiciones de superar la visión de la teoría del delito como construcción abstracta. Está en condiciones de complementar la perspectiva puramente teórica con las provenientes de la jurisprudencia y de la práctica. Como hace la obra ahora prologada.

Lo que ayudará al lector no sólo a la comprensión más completa —y más enriquecida por la pluralidad de perspectivas— de la cuestión penal, sino también a depurar su propio trabajo de construcción sistemática de la teoría del delito. Eludiendo, como hace el autor, el recurso facilón, pero estéril, a la importación mecanicista de la dogmática extranjera, que, por alto que sea su nivel científico, no siempre resulta útil en la comprensión de un conglomerado jurídico-positivo como el mexicano, precipitado de una evolución histórica peculiar, no lineal y fragmentado en treinta y cuatro códigos penales a los que se añade una no escasa legislación penal especial.

Hará bien el lector en aceptar el reto que le lanza la obra: construcción sistemática de una teoría del delito que sirva para clarificar y enriquecer la faceta aplicativa del Derecho penal. De lo contrario, no será teoría, sino huero diletantismo. Con un pie en la ley penal, y el otro en las garantías que surgieron para poner límites al *ius puniendi* del Estado.

Porque, siguiendo de nuevo la propuesta de Roxin, la función última del sistema penal es lograr una convivencia social más *segura* y *liberal*. Y si una sociedad más segura requiere estrategias político-criminales integradoras de una dogmática certera, exige igualmente una atenta observación de los principios garantizadores que han venido constituyendo el santo y seña de los modelos penales democráticos.

De otro modo, el Derecho deja de serlo, para constituirse en instrumento de terror, como adveran recientes y conocidas experiencias que, paradójicamente, cuentan con la complicidad de la peor dogmática, que, seducida por el señuelo de la falsa eficacia, sacrifica frívolamente las garantías. Olvidando, según denuncia Ferrajoli, que cualquier recorte en los límites del *ius puniendi*, por mucho que se revista de amarga necesidad justificada por consideraciones de coyuntura y se presente como solución transitoria frente a la emergencia, termina por enquistarse, como estructural, en el sistema; transformando la *magna charta* del delincuente, que pretendiera V.Liszt, en antidemocrático instrumental punitivo.

También esta perspectiva garantista está presente en *El delito y la responsabilidad penal*. Y enriquecida por la integración en las propuestas dogmáticas del autor, que no descuida el estudio de la traducción que, en la práctica judicial mexicana, tienen (o no tienen) los principios propios del Derecho penal democrático.

En síntesis, tiene el lector en sus manos un riguroso estudio dogmático del "qué" del delito; pero también sugerentes aportaciones sobre el "por qué" y el "para qué" de la respuesta que al delito dispensa el sistema jurídico.

Dogmática, pues, más vivencias de quien conoce el Derecho de cerca, garantizan al estudioso —y así lo prueba la aparición de una cuarta edición— una lectura provechosa. Como lo ha sido para este prologuista.

La amistad con que me honra Miguel Ángel Aguilar añade un motivo de satisfacción personal a la labor de prologar. Pero no cuenta a la hora de recomendar la lectura de esta obra: al hacerlo no pretendo sino hacer justicia a sus valores.

Cádiz, junio de 2008

Juan Mª Terradillos Basoco
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Cádiz (España)

INTRODUCCIÓN

La estructura de la Teoría del Delito pertenece al área del Derecho Penal, por lo que analizar su concepto presupone inevitablemente acudir al concepto mismo de este Derecho. El examen de las definiciones del delito que se proponen y de cada uno de sus elementos (acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc.), muestran la enorme variedad de sentidos en que se puede entender a esta Teoría. Por ello, puede decirse que cada dirección filosófica y metodológica concibe en términos diferentes a la Teoría del Delito; ejemplo de lo anterior lo es la distancia que separa los conceptos de acción propuestos por el causalismo, finalismo y funcionalismo; no obstante, actualmente se encuentra limitada con el Derecho Positivo, surge así la pregunta ¿qué es la Teoría del Delito?, presupuesto de la que aquí importa: ¿qué es el delito?; interrogante que puede responderse en muy distintos sentidos. Además, será de interés para la Dogmática Jurídico-Penal preguntarse por los elementos esenciales del delito: ¿cuál es su esencia? Planteada así la cuestión se obtendrá una respuesta distinta según el aspecto que se considere esencial en la Dogmática. Esto es, en el caso del aspecto ontológico (cuál es el *ser* peculiar de la conducta), como el aspecto funcional (que *función* tiene) o el teleológico (a qué *fin* tiende) del orden jurídico. Y en base a ello, cada doctrina resolverá con criterio diferente estas cuestiones.

Actualmente, no es ajeno que la Teoría del Delito en México ha referido teorías y conceptos; pero, según se advierte, corresponden a un derecho, a una doctrina que no es la nuestra; sustancialmente, la estructurada en Alemania, España y Argentina, entre otras. Por consiguiente, al pretender obtener una definición de lo que es el delito, los jueces, magistrados y estudiosos del derecho refieren diversidad de conceptos, pero al cuestionarlos sobre su marco referencial (¿de dónde se desprende este concepto, esta idea o definición?), invariablemente contestan que es el que han aprendido en sus estudios de licenciatura o maestría, o porque así lo refieren los grandes autores extranjeros (JESCHECK, MAURACH, ZAFFARONI, ROXIN, JAKOBS, MIR PUIG, entre otros); los cuales tratan de distinguir entre teorías causalista,

finalista (a partir de la teoría de la acción: es causalista cuando se le da al resultado una causación con esa acción voluntaria y, es finalista, cuando se le da a la voluntad un contenido final), funcionalista (la acción empieza a conformar un elemento genérico de todo lo que constituye el tipo penal y se estudia ya el delito dentro de la esfera de la tipicidad) y en la actualidad, trasciende la teoría de la imputación objetiva (a nivel de tipicidad).

Ahora bien, si las diferentes doctrinas se estudian a la luz del Derecho Positivo, desaparecen buena parte de sus discrepancias porque la cuestión del concepto se plantea limitada de antemano. A esta limitación obliga, por de pronto, el objeto de nuestra disciplina, que más que ninguna otra parcela del Derecho se halla necesariamente restringida a las normas positivas, ante todo por la exigencia de significado político, del principio de legalidad que presupone tener un Estado de Derecho. Es importante conocer el delito, su forma de aparición, pero distinguir cuándo se aplica teoría y cuándo el derecho positivo vigente, sobre todo al tener en consideración que el Derecho tiene tres fines específicos conforme al jusnaturalismo: justicia, seguridad jurídica y bienestar común.

El método sistemático que acoge el presente trabajo, responde a un criterio político-criminal funcionalista del Derecho Penal, con un sustento en la estructura finalista de la conducta típica, que se considera responde favorablemente a los fines de la Dogmática Jurídico-Penal actual, en virtud de que permite su mejor y más exacta interpretación, por lo que se facilitan los criterios necesarios para una administración de justicia más eficaz y, sobre todo, segura. Por lo anterior, partiré del concepto de cuerpo del delito y delito en base a los elementos que contiene el Código Penal Federal (es obvio que existen otros tipos de legislaciones en las diversas entidades federativas, igual que el propio Distrito Federal y en la materia militar; sería loable poder conformar una Dogmática Jurídico-Penal unitaria, a través de un solo Código Penal para la República Mexicana, sin embargo, la diversidad de leyes nos impiden realizarlo). Pretender estructurar una Teoría General del Delito en el Derecho Penal Mexicano, debe iniciar por el análisis del Código Penal Federal, concretamente, la parte general (Libro Primero), del que es posible escindir tres tipos de leyes: a) aquellas que se refieren al delito, b) al delincuente y c) a las penas; en este tenor, se corresponden a tres teorías que permiten la solución de los delitos en particular que contiene la segunda parte del Código Penal Federal.

Es necesario precisar, para efecto de no generar una lectura equivocada, que el método de análisis sistemático empleado, se sustenta en el Código Penal Federal, pero ello no impide que los interesados puedan estudiar jurisprudencial, práctica y teóricamente los mismos contenidos que se especifican en el trabajo, conforme a otras legislaciones, porque hay artículos en los Códigos Penales del Distrito Federal y Estados de la República que homologan los preceptos del ordenamiento federal, supuesto en el que resulta innecesario ser repetitivo; aún más, el presente estudio es sólo una guía que intenta dar orden, directriz en el conocimiento científico de la norma federal, pero el Código Penal para el Distrito Federal tiene disposiciones semejantes en su nueva legislación, al igual que otros ordenamientos en el país, lo cual permite su análisis bajo el argumento planteado en este trabajo y con la confrontación del dispositivo federal.

El Derecho como instrumento al servicio del hombre, específicamente el Derecho Penal, puede acceder a esa finalidad indiscutiblemente a través de la Dogmática Jurídico-Penal; de tal suerte, si queremos saber cuál es el concepto de delito y su forma de aparición, tenemos que recurrir a los artículos 6º a 18 del ordenamiento sustantivo federal. En atención a que el artículo 6º regula la supletoriedad de la ley, también señala que cuando una misma materia aparezca reglamentada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general; esto es, se regula lo que en la teoría se le llama concurso aparente de normas entre sí, o el concurso incompatible entre normas o la coalición de normas en el espacio, por citar un ejemplo cotidiano en la practica judicial: la portación de arma de fuego sin licencia; el artículo 81 de Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos regula la portación, al igual que el 161 del Código Penal Federal, sin embargo, en el caso concreto, la norma especial va a excluir a la general; pero también la teoría del concurso aparente de normas regula los principios de consunción o absorción, subsidiaridad y el de alternatividad, tema por demás interesante el cual ahondaré en un diverso trabajo al que en esta ocasión me ocupa. El artículo 7º define formalmente qué es el delito; además, regula a los delitos de comisión por omisión y clasifica a los delitos en orden a su consumación; el artículo 8º refiere expresamente que la conducta sólo puede realizarse dolosa o culposamente, eliminando lo que constituiría la preterintencionalidad; el artículo 9º señala cuándo se obra con dolo directo o dolo eventual, con culpa previsible o no previsible; de esta forma, podemos estar en posibilidades de dar inicio a un concepto de delito consistente en la acción u omisión dolosa o culposa (simple o impropia). Por otra parte, el artículo 10 prevé la hipótesis de que la responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley; el artículo 11

contempla la responsabilidad penal de algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase (estableciendo la excepción de las instituciones del Estado); el artículo 12 establece la tentativa, describiéndola como la resolución de cometer un delito que se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente; los artículos 13 y 14 instituyen las formas de intervención en el delito, sin embargo, no determina quién es autor y quién es partícipe, por lo que he de estudiar en el desarrollo de este trabajo cada una de las formas en que el agente puede realizar su conducta y establecer su grado de responsabilidad en la comisión de un hecho delictivo; el artículo 15 regula las causas de "exclusión del delito", consistentes en la ausencia de conducta (fracción I); atipicidad (fracción II); el consentimiento del titular del bien jurídico afectado (con todos los requisitos que la fracción III establece); la defensa legítima (fracción IV); el estado de necesidad (fracción V); el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho (fracción VI); la inimputabilidad (fracción VII); el error de tipo y error de prohibición (fracción VIII); la no exigibilidad de otra conducta (fracción IX) y, por último, el caso fortuito (fracción X). Ahora bien, es criticable que la propia ley regule los casos de exclusión del delito, sin haber establecido sus elementos estructurales, pues lógicamente no puede excluirse lo que no ha surgido; no obstante, si se describe el aspecto negativo, significa que hay un aspecto positivo que se obtiene por exclusión, entonces, debemos darle una interpretación a *contrario sensu*. De lo anterior se infiere que nuestra legislación positiva contiene todos los elementos indispensables para poder demostrar si una persona ha realizado una conducta que integre el injusto penal y proceder a establecer su responsabilidad penal; ésta es la referencia, no existe otro elemento, lo que debe ser en consideración a la conducta que ha realizado o dejado de hacer; esto es, en base a la interpretación de los tipos penales que contiene el Código Penal Federal en su parte especial, en apoyo de la jurisprudencia y por supuesto del enlace lógico-jurídico de todas las circunstancias que se presenten en el caso concreto, considerándolo por consiguiente como delito y qué sanción le corresponde al mismo, en atención al principio de culpabilidad que rige en nuestro Derecho positivo (artículos 51 al 76 del Código Penal Federal). Por ello, es menester destacar el abandono del término "culpabilidad", en el sentido estricto en que suele usarse para expresar la última característica del delito realizada por el sujeto. Optamos

por emplear el sentido amplio que permite el lenguaje ordinario y que es el propio de la Política Criminal cuando se refiere al "principio de culpabilidad". Con ello se previene una infructuosa discusión entre causalistas y finalistas acerca de si el dolo o la culpa integran o no la culpabilidad. Por otra parte, en la Dogmática moderna comienza a imponerse el punto de vista según el cual, la teoría de las consecuencias jurídicas del delito debe adquirir cierta autonomía docente y expositiva, dado el desarrollo y extensión que la misma ha adquirido. En otro supuesto, el propio Estado, a través de una Política Criminal, va a justificar el actuar de sus ciudadanos, al proveerles instrumentos lícitos jurídicos que, evidentemente, no estarán implicados en el reproche penal, salvo las variantes que contempla el artículo 16; además, el artículo 17 faculta al investigador y juzgador, para acreditar las causas de exclusión del delito en cualquier estado del procedimiento; y el artículo 18 del Código Penal Federal, prevé la figura del concurso de delitos (ideal y real).

Por último, el trabajo procura ofrecer un conocimiento general de la Teoría del Delito conforme a una sistemática que intenta integrar de manera armónica todos los elementos jurídicos analizados, así como su aplicación práctica cotidiana en los Tribunales de Justicia de nuestro país. En efecto, en la función de impartidor de justicia, juez y magistrado especializado en la materia penal, entre otras circunstancias que se advertirán en su momento, tuve que afrontar la problemática de aplicar o ejecutar una Dogmática Jurídico-Penal en México, conforme a los fines del proceso penal, en el cual debe determinarse si el hecho fáctico punible constituye o no un delito, la responsabilidad o irresponsabilidad penal del acusado, que justifiquen una sanción, privativa de libertad o de diversa índole; por lo que previamente, se habrá de constatar en la orden de aprehensión y en la formal prisión, el cuerpo de ese delito. Consecuentemente, es trascendental diferenciar qué es cuerpo del delito y delito; asimismo, es importante conceptuar dentro de la Dogmática Jurídico-Penal, todas las expresiones semánticas que se contienen en los tipos penales. Para ello, se citan ejemplo de estudios dogmáticos obtenidos en la práctica judicial, al comprobar el cuerpo del delito o la tipicidad en el delito, conforme a un método que se me permitió desarrollar como Juez y Magistrado de apelación y que consiste en seguir algunos pasos: primero, conceptuar el cuerpo del delito y los preceptos legales que establecen su base: 168 y 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, los cuales se transcribían; segundo: precisar el delito en su texto legal y, a partir de éste, obtener sus elementos descriptivos; tercero: realizar el estudio dogmático de los elementos

legales obtenidos; cuarto: relacionar, en forma sucinta y sintética, el material probatorio y su correspondiente valoración, conforme a una prelación, inicialmente las pruebas de cargo y después las de descargo, para permitir, en su caso, su confrontación; y, quinto, el juicio de tipicidad o constatación del cuerpo del delito, a través del estudio dogmático de la descripción legal para de esta forma constatar la subsunción o no subsunción del hecho fáctico, lo que constituye lo que podría entenderse como un silogismo, en el cual, la premisa mayor se constituye por las disposiciones legales y el estudio dogmático; la premisa menor con el material probatorio que arroja un hecho fáctico y, la conclusión, con la adecuación o no de la disposición legal y el hecho acontecido.

Miguel Ángel AGUILAR LÓPEZ

PRIMERA PARTE

EL SISTEMA EN LA TEORÍA DEL DELITO

I. SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO

La relevancia sistemática de la teoría del delito se destaca en dos aspectos fundamentales:

a) El objeto cuya elaboración científica corresponde al penalista (objeto de la ciencia jurídico penal) es el Derecho Penal positivo.[1]
b) Este derecho positivo no se reduce a un conjunto de estructuras lógico-formales, llevadas de todo elemento sociológico, político o ético, sino que forma una realidad cultural, comprensiva tanto de las normas que le componen, como de los hechos sociales que éstas regulan y de los fines que las mismas persiguen.[2]

[1] En un sentido amplio, es menester atender las directrices de Ponce de León Armenta, Luis. *Metodología del Derecho,* Porrúa, México. 1998. p. 59, que destaca la necesidad de un conducto general, integrado de objetivos generales y específicos para no perdernos en la tarea indagatoria; este conducto lo constituye el proceso de la investigación que se circunscribe a fines generales; en materia jurídica, son fines primordiales: el bien del hombre, el desarrollo del Derecho como ciencia, la búsqueda de la verdad y la paz en la armonía social. La consideración de estos fines permite al investigador imprimir sentido trascendente a la acción de investigar, lográndose además evitar desviaciones en la instrumentación y valoración crítica de la diversidad de métodos y técnicas existentes.

[2] Tal y como refiere la Suprema Corte de Justicia de la Nación: Jurisprudencia. Sistemas de formación. La jurisprudencia de la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece a través de dos sistemas. El ordenado por el artículo 192 de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 Constitucionales (reformado por decreto de veintinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, publicado en el Diario Oficial de dieciséis de enero de mil novecientos ochenta y cuatro), que preceptúa que lo resuelto en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario constituye jurisprudencia siempre y cuando hayan sido aprobadas por lo menos por catorce Ministros tratándose de jurisprudencia. El segundo sistema establece que se integra la jurisprudencia con la resolución que decide la denuncia de contradicción

Por ende, el legislador lo que realmente hace es seleccionar aquellas conductas humanas indeseables que, bien porque niegan los valores jurídicos, que al destruirlos, bien porque su mera realización constituye un peligro, quiere evitar.

El Derecho penal es, sin lugar a dudas, la rama jurídica que mayores problemas plantea en virtud de sus finalidades, pues ciertamente, tiene como objeto salvaguardar los bienes jurídicos de mayor trascendencia para así lograr una convivencia social.

Esta rama jurídica, como es sabido, se rige por principios. Uno de los principales es el del bien jurídico. Así el legislador considera ese bien para penalizar o despenalizar conductas; para determinar los parámetros mínimo y máximo de sanción; incluso, lo considera para estructurar metodológicamente al Código Penal. En el ámbito jurisdiccional, el bien jurídico cobra importancia como un elemento típico, como parte de la antijuridicidad material y para la individualización de sanciones.

Así, de entre toda la gama de bienes que jurídicamente el Estado debe de proteger, selecciona aquellos que por su importancia, tutela a través del Derecho punitivo.

Se aclara de antemano, que el lenguaje del legislador, lacónico por excelencia, carece de cualquier accesorio que adorne, no dice ni una palabra que sobre, simplemente ordena. El lenguaje del juez

de tesis que sustenten las Salas que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o respecto de las tesis contenidas en cinco ejecutorias, no interrumpidas por otra en contrario ya que únicamente se necesita para fijar la jurisprudencia un solo fallo que resuelva que hay contradicción de tesis y que decida cual debe prevalecer, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece que la resolución de las Salas o del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dilucide una denuncia de contradicción, sólo tendrá el efecto de fijar jurisprudencia sin afectar las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción. Jurisprudencia que además es obligatoria no sólo para los Tribunales Colegiados contendientes, sino para todos aquellos que se encuentran previstos en el artículo 192 de la Ley de Amparo, siempre y cuando tratándose de tribunales del orden común la legislación local sea similar al punto de que se trata en la contradicción de tesis. No obsta en forma alguna el hecho de que la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales, omita mencionar en la actualidad que la resolución del Pleno o de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que diluciden una denuncia de contradicción de tesis de Tribunales Colegiados, constituye jurisprudencia, pues como ya se dijo la Constitución Federal sí lo establece. Contradicción de Tesis 6/83 entre las sustentadas por el Segundo y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito, con residencia en el Distrito Federal. 30 de mayo de 1984. Séptima Época. Ministro J. Ramón Palacios Vargas. Unanimidad de cuatro votos. Ponentes: José Ramón Palacios Vargas. Secretario: Víctor Hugo Díaz Arellano.

que, en contraste con el anterior, es más rico en expresión, es más concreto que el lenguaje de la ley, no renuncia a elementos de persuasión; el juez no desea sólo ordenar, como lo hace el legislador, también desea convencer.

Por lo que podemos inferir los corolarios siguientes:

a) Si el Derecho cuya elaboración científica corresponde a la ciencia punitiva es el Derecho positivo, líguese que dicha elaboración habrá de realizarse con los procedimientos de la *dogmática jurídica*.
b) Para armonizar la necesaria elaboración dogmática del Derecho Penal con el también necesario conocimiento de su contenido sustancial, no existe otro camino que el de otorgar valor preferente a los criterios *teleológicos* o *finalistas* en la fase *interpretativa*, es decir, en el primer momento de la elaboración dogmática.

Concretamente, la elaboración del Derecho positivo en forma de Ciencia Jurídica (dogmática jurídico-penal) comprende tres fases sucesivas: *interpretación, sistema y crítica*.

Actualmente, la doctrina busca fundamentar los conceptos jurídico-penales, de la parte general, en criterios de Política Criminológica.[3] En este intento del Derecho Penal orientado a las consecuencias de superar el riesgo de abstracción inmanente en la Teoría General del Delito, la Constitución ocupa un lugar prominente puesto que no sólo establece el marco institucional en el que ha de moverse el legislador penal,[4] sino que contiene los principios fundamentales

[3] Véase por todos Roxin, Claus. *La evolución de la Política Criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, España. 2000, p. 58, quien entiende por Política Criminal, a diferencia de Liszt: "no sólo la elección de las sanciones preventivo-especiales (o incluso para otras concepciones fundamentales, preventivo generales) más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los aspectos fundamentales que según nuestra Constitución y el Código Penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad, así como las sanciones. De esta forma, también los elementos limitadores de nuestro ordenamiento jurídico penal, como el principio *nullum crimen* o el de culpabilidad, son parte de la Política Criminal del Estado de Derecho".

[4] Silva Meza, Juan. *Reformas en el sistema penal mexicano*, en Revista de Política Criminal y Ciencias Penales, número especial, publicación semestral, agosto, México, 1999, p. 201. A partir de las modificaciones constitucionales de los últimos años, ahora es imprescindible la vinculación de las cuestiones prácticas con las teóricas, pues una de sus consecuencias ha sido la relación cada vez más estrecha entre los contenidos del Derecho penal sustantivo y los del Derecho Penal procesal. En tal virtud, es menester ajustarse a las nuevas concepciones introducidas en las reformas

básicos de la vida en sociedad que debe respetar y proteger el Derecho Penal, así como los fines atribuidos a la pena.[5]

La metodología ahora adoptada encontrará su justificación concreta en el desarrollo de los siguientes apartados. Pero no se crea que se incurrirá con ello en un vacío formalismo, como tantas ocasiones se dijera. Al contrario: se busca acentuar que el delito es una valoración jurídica, una infracción de la ley, en definitiva una significación, que no debe olvidarse en su formulación, como institución jurídica, del sustrato real que soporta dicha valoración, si bien en proporciones justas y abarcables, es decir, sin afanes que caerían muy por fuera de las limitaciones de la propia Ciencia Jurídica.

---

a nuestra ley suprema y a la legislación penal, tanto sustantiva como procesal, de manera destacada en lo que se refiere a los presupuestos de la pena, que dan contenido a las categorías procesales *elementos del tipo penal y probable responsabilidad*, cuya acreditación corresponde fundamentalmente al Ministerio Público, y su examen, desde luego al juez.

[5] Consúltense las jurisprudencias siguientes: Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: I, Mayo de 1995. Tesis: P. IX/95. Página: 82; Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VI, Noviembre de 1997.Tesis: P./J. 84/97. Página: 57:

"**ACCIÓN PENAL. PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO CONTRA EL NO EJERCICIO Y EL DESISTIMIENTO DE LA**". Al reformarse el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, enmienda publicada en el Diario Oficial de la Federación del sábado 31 de diciembre de 1994, se agregó el siguiente innovador párrafo: «LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO SOBRE EL NO EJERCICIO Y DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN PENAL, PODRÁN SER IMPUGNADAS POR VÍA JURISDICCIONAL EN LOS TÉRMINOS QUE ESTABLEZCA LA LEY.» O sea, que incluidas como garantía en favor del gobernado esas determinaciones del Ministerio Público que antes eran definitivas, ahora se establece la vía jurisdiccional para demostrar la legalidad de esos actos de autoridad y, esa vía sólo puede ser el juicio de amparo, estatuido para defender las garantías individuales, siendo por ello incorrecto que el Juez de Distrito deseche por improcedente una demanda de amparo en la que señala como acto reclamado el no ejercicio de la acción penal, argumentando que no se ha determinado por la ley reglamentaria la vía jurisdiccional para impugnar esos actos del Ministerio Público, sin tomar en cuenta que la defensa de las garantías individuales tiene su ley reglamentaria que es la del juicio de amparo, siendo por ello procedente que se estudie el problema planteado, porque es una garantía individual la reforma constitucional precisada."

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 479/95. Partido Revolucionario Institucional. 16 de noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretario: Héctor Miranda López.

Nota: Sobre el tema tratado existen denuncias de contradicción de tesis números 53/97 y 18/98, pendientes de resolver en el Pleno.

II. Elementos integrantes del injusto penal

Como ha dicho Muñoz Conde, "la Dogmática jurídico-penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de Derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites".[6] Así, Pavón Vasconcelos se adhiere a la concepción analítica o atomizadora del delito, la cual analiza al delito a través de sus elementos, sin perder de vista la estrecha relación existente entre ellos, y sin negar su unidad, estima indispensable su análisis mediante su fraccionamiento.[7] Jescheck, sin duda alguna, considera que "los elementos generales del concepto de delito, reunidos en la teoría general del mismo, posibilitan (…) una jurisprudencia racional, objetiva e igualitaria, de modo que contribuyen de forma esencial a garantizar la seguridad jurídica".[8]

Frecuentemente se explica la diferencia entre injusto y culpabilidad al afirmar que el *injusto expresa un juicio de desvalor sobre el hecho, en cambio, la culpabilidad, un juicio de desvalor sobre el autor.*

1. *Acción*

Este primer elemento nace de observar que los delitos que contiene el Código Penal Federal, consisten en la descripción de comportamientos concretos de las personas. Así por ejemplo, en el artículo 302 se dice: "*al que prive de la vida a otro*"; en el artículo 367: "*al que se apodere de cosa ajena sin derecho y sin consentimiento...*".

Según la opinión más extendida, acción en sentido puramente causal es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad. Por tanto, no son acciones, en sentido jurídico, los efectos producidos por fuerzas naturales o animales, tampoco los actos de una persona jurídica. Esto define a nuestro sistema como un Derecho Penal de acción,

---

[6] *Introducción al Derecho penal*, ed. IB de f, Montevideo de Buenos Aires, Argentina, 2ª edición, p. 136.

[7] Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal mexicano*, México, Porrúa, 1991, pp. 152 y ss.

[8] Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Trad. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde de la 3ª ed. alemana, Vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, España, 1981, p. 264.

único compatible con la idea del Estado de Derecho,[9] lo que no sucede con un Derecho Penal de autor.[10]

En consecuencia, todo delito implica una *conducta*, expresión que utilizamos en sentido amplio y comprende también las omisiones (como en el ejemplo del artículo 302 del Código Penal Federal). Por ello, los tipos penales se integran con un verbo núcleo que constituye la acción o la omisión.

Este primer elemento cumple la función de descartar la imputación cuando el suceso que se analiza no reúne algún requisito necesario para poder sostener que se ha cometido una acción. Por ello, el artículo 15, fracción I, del Código Penal Federal descarta la integración del delito cuando el sujeto ha obrado sin la intervención de su voluntad; caso que al igual que los actos reflejos, son supuestos de falta de acción.

2. *Tipicidad*

Esa acción ha de ser típica, esto es, ha de coincidir con una de las descripciones constitutivas de delito, de las que están reunidas en el Segundo Libro (Parte Especial) del Código Penal Federal. Es por ello que las normas jurídicas penales se diferencian de otras en que no prohíben o mandan acciones en forma directa. Por ejemplo, cuando el Código Penal prohíbe el homicidio, no señala "no debes matar"; el artículo 302 señala: "comete el delito de homicidio el que prive de la vida a otro".

Por consiguiente, esta norma está compuesta de dos partes:

a) La descripción de un determinado comportamiento (al que prive de la vida a otro), esto es, un presupuesto.
b) Una consecuencia jurídica (pena de prisión de doce a veinticuatro años, artículo 307), esto es, la punibilidad.

Según lo dicho, no es posible derivar acciones penalmente relevantes punibles, de principios jurídicos generales y sin un tipo fijado, como ocurre en algunas consecuencias jurídicas civiles. En cambio, a esa característica de adecuarse exactamente a la descripción prevista en la norma jurídica penal, se le denomina *tipicidad*. La *tipicidad*, por

[9] En tal sentido véase MIR PUIG, Santiago, *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona, España, Ariel Derecho, 1994, pp. 50 y s.

[10] Al respecto *cfr.* por todos ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, España, Civitas, 1997, pp. 178 y ss., 184 y ss.

tanto, es consecuencia del principio de legalidad y consiste en la adecuación de la conducta realizada a la hipótesis normativa (artículo 14, párrafo tercero, constitucional).

3. *Antijuridicidad*

La antijuridicidad es un concepto común a todo el ordenamiento jurídico (con base en el principio de unidad), según el cual, lo que está permitido por una rama del ordenamiento jurídico, no puede estar prohibido por otra. Luego, uno de los requisitos que debe cumplir una conducta para que pueda ser considerada como delito, es que sea contraria a Derecho, es decir, antijurídica.

La acción es antijurídica cuando es contraria al Derecho y produce un resultado material o formal. Luego, existe antijuridicidad, cuando no está permitida por ninguna norma jurídica, pues una sola disposición que autorice la conducta típica es suficiente para poder afirmar que no existe contrariedad con el orden jurídico.

Pero para que al sujeto que comete la acción típica antijurídica se le pueda exigir responsabilidad por su conducta, es preciso que tenga, como mínimo, capacidad cognoscitiva y valorativa (conocer y querer), respecto de su acción o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, para ser motivado por la norma.

III. ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Para el ordenamiento jurídico penal, es responsable quien realizó el acto de infracción a la norma, habiendo podido motivarse por su cumplimiento. Para ello, es necesario que, comprobada la ausencia de causas de licitud y declarada la antijuridicidad del hecho, se valore la *culpabilidad* del sujeto: si es imputable, si conocía la antijuridicidad de su actuar y si le era exigible otra conducta.

1. *Culpabilidad*

Puede formularse una regla general, según la cual, no es reprochable el comportamiento de aquellos sujetos a quienes, en el momento del hecho, no se podía exigir una conducta diversa.

La diferencia entre la falta de antijuridicidad y falta de culpabilidad, entre justificación y exculpación, consiste en que una conducta lícita es reconocida como legal por el legislador, está permitida y ha de ser soportada por todos, mientras que una conducta exculpada no es aprobada y por ello no es permitida sino prohibida.

Esta dinámica operativa resulta no sólo convincente, sino obligada por el propio concepto de delito, como acción típicamente antijurídica y culpable.

La estructuración del concepto de delito en un sistema categorial por niveles, que obliga a que deba seguirse el orden lógico preestablecido en la constatación de las diversas categorías. Cada una de las categorías presupone la anterior y la ausencia de cada una de ellas comporta consecuencias jurídico-penales diversas. El seguirlo redunda además en una positiva economía de esfuerzos, por ejemplo, si no concurre la categoría de la tipicidad, ya no hace falta que estudiemos las siguientes:

	Hecho
Acción	No acción
Típica	No típica
Antijurídica	No antijurídica
Culpable	No culpable
Hecho Punible	Hecho no punible

Como hemos indicado, no produce los mismos efectos jurídico-penales el que falte la categoría de la acción o el que falte la de la tipicidad o la de la antijuridicidad o la de la culpabilidad. Si bien es cierto es exigible que concurran todas ellas para que el suceso se considere un delito punible, también lo es que la ausencia de cada una de ellas produce efectos jurídico-penales diversos que el jurista que enjuicia un caso práctico debe conocer, por ejemplo, respecto a la responsabilidad civil, medidas de seguridad, participación, estado de necesidad, etcétera. De lo contrario, bien le puede suceder a este jurista que aún no se haya introducido suficientemente en los entresijos de la Teoría del Delito, que incurra en confusión y, con ello, conculque las garantías de legalidad, seguridad jurídica, debido proceso y adecuada defensa.

IV. Evolución doctrinal de la Teoría del Delito

Las categorías básicas descritas han sido poco a poco desarrolladas por la Ciencia en un proceso de discusión de décadas. Desde este punto de vista se ha hablado de escuelas, aún cuando el término de escuela, en sentido propio, debería reservarse para aquellas posiciones respecto del Derecho Penal en general, esto es, sobre el sentido y fin de la pena y denominar teorías simplemente a aquellas que se refieren a variaciones de contenido dentro de la teoría del delito.

1. *El sistema clásico*

El concepto cuatripartita de delito con el que se inicia el siglo XX, experimenta a lo largo de éste, con independencia de las indicadas excepciones de quienes disminuyen o aumentan sus componentes, una notable evolución no en cuanto al número y denominación de sus elementos, pero sí en cuanto a la forma de entender cada uno de ellos y sus subcomponentes.

El concepto cuatripartita inicial, que luego se ha llamado concepto clásico de delito "sistema LISZT-BELING", no representa más que la plasmación concreta del llamado *positivismo naturalista* en la concepción del delito. En tal concepto clásico de delito se entendían cuatro elementos del modo siguiente:

La *acción* es concebida como un proceso de relación causal, mediante la transformación del mundo exterior (fundamentalmente objetivo) a través de un movimiento corporal voluntario; provocando así un resultado. Estableciéndose entre el primero y el segundo un nexo generador de un proceso causal que desembocaba en un resultado. Concepción plenamente acorde con los postulados del naturalismo.

Esta concepción de la acción en la teoría del delito condicionaba, como consecuencia lógica, la forma de entender las distintas instituciones integrantes del concepto de delito, *para lo cual se optó por la distinción entre elementos objetivos y subjetivos y convirtiendo los elementos integrantes del delito en meros predicados del concepto de acción previamente acuñado.* Por ello se habla de un concepto causal de acción.

El concepto de acción ya sólo da respuesta a la siguiente pregunta: ¿cuándo puede y debe empezarse con el análisis de un delito? La respuesta es la siguiente: cuando concurra una causación de un resultado por un acto voluntario cualquiera. En tal sentido, el concepto causal de acción no aporta nada para resolver las cuestiones acerca de por qué funciona y de qué Derecho Penal se trata. Por lo cual, la acción aparece como lo sustantivo, las demás características son simplemente adjetivaciones.

Los elementos de tipicidad y antijuridicidad eran concebidos de forma exclusivamente objetiva. La *tipicidad* era entendida como la mera descripción objetiva de un determinado proceso causal que tenía su origen en una acción física que desembocaba en un determinado resultado. De tal modo que queda fuera del tipo y pertenecen a la culpabilidad todas las circunstancias subjetivas o internas del delito, por ejemplo: intenciones, "a sabiendas", propósitos, finalida-

des, deseos, ánimos, conocimientos, descuidos, como es lo habitual, no están recogidas expresamente en la correspondiente figura legal de delito, sino que van sobreentendidas por ella (como el dolo) o son reguladas por otros preceptos de la parte general, como también, aunque excepcionalmente, por el correspondiente precepto legal de la figura delictiva si menciona algún elemento anímico o subjetivo. Por tanto, la tipicidad de la conducta es un indicio que nos pone en la pista para conocer o advertir que puede ser antijurídica, pero tal indicio puede ser confirmado o, por el contrario, contradicho o desvirtuado en el ámbito de la antijuridicidad, donde para ello habrá que seguir examinando si hay o no en el caso concreto alguna causa de justificación.

Al igual que la tipicidad, la *antijuridicidad* era entendida única y exclusivamente desde el plano objetivo, como contradicción entre hecho y norma; es decir, se convertía en una mera especificación valorativa de una acción típica previa, motivo por el cual había sido incluida en el Código Penal Federal. Denominada *concepción objetiva-valorativa* de la antijuridicidad que se centraba únicamente en delimitar el objeto normativo.

La antijuridicidad es, luego, un juicio valorativo, pero puramente formal; pues basta con comprobar que la conducta es típica y que no concurre ninguna causa de justificación que excepcionalmente la permita, para poder enjuiciarla negativamente como antijurídica, sin tener que entrar en razones o contenidos materiales para esa valoración. La antijuridicidad es, así, un elemento *objetivo* y *valorativo*. Luego, lo injusto, como concepto que engloba a la acción típica y antijurídica, tiene como carácter fundamental el de la objetividad, es el ámbito de lo objetivo, ya sea objetivo-descriptivo si se trata de la tipicidad, o bien objetivo-valorativo si se trata de la antijuridicidad.

En cuanto a la *culpabilidad*, ésta aportaba el contenido subjetivo en la teoría del delito. Al igual que la acción, se hablaba de un nexo causal material entre el movimiento y el resultado, la culpabilidad es la relación o el nexo psicológico, no material, entre el autor y el hecho, a partir del presupuesto de imputabilidad de dicho autor y al definir *dos formas* de distinta relevancia en la culpabilidad: *el dolo y la culpa*. En el supuesto de dolo el nexo psíquico que une al autor con el hecho es la voluntad o incluso intención, ya que el sujeto conoce y quiere realizar el hecho; mientras que en el caso de la culpa resultaba más complicado ese nexo psíquico, ya que el sujeto no quizo causar el resultado.

2. *El sistema neoclásico*

Un paso más en la evolución de la teoría del delito se produjo como consecuencia de la influencia de la filosofía neokantiana. En definitiva, para el sistema LISZT-BELING el delito es ante todo acción, idea lógica toda vez que dicha concepción de la teoría del delito se enmarca en el seno del pensamiento positivo-científico. En Alemania, el concepto clásico fue dominante hasta los años veinte, en que surge otro concepto que se ha denominado *neoclásico*, que se impone en la década de los treinta; en España tal evolución se produce aproximadamente una década después; por lo que respecta a México, acoge este sistema en los años sesenta propiamente.

En el lugar de la coherencia formal de un pensamiento jurídico encerrado en sí mismo, se situó ahora la aspiración de estructurar el concepto de delito según los fines perseguidos por el Derecho Penal y las valoraciones en que descansa. Pero las críticas más trascendentes y decisivas no sólo provinieron desde este punto de vista, sino también con relación a la distinción tajante entre lo objetivo y lo subjetivo y, dentro de lo objetivo, de lo descriptivo con lo valorativo.[11] Esto llevó a contemplar la esencia del Derecho Penal en la orientación hacia valores e ideas, aunque su contenido apenas pudiera concretarse, dada la característica renuncia del neokantismo a la vinculante determinación de criterios materiales valorativos.[12]

El anterior concepto causal de acción fracasó por varias razones. Una de ellas, no fue otra cosa que su dificultad para explicar los hechos omisivos. Pero también fracasaba el concepto causal de la tentativa, pues difícilmente se podía captar su significado sin tomar en consideración el contenido de la voluntad del autor. El problema que se presentaba entonces es que si se tenía en cuenta la voluntad en la tentativa, también había que tomarla en cuenta cuando se produjera el resultado; desaparecía así una de las principales características del concepto clásico de delito: la tipicidad neutra, como mera descripción no valorativa.

[11] En efecto apunta SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, España, Bosch, 1992, p. 55, dicho método ya no es puramente formalista, sino que, por la inclusión del Derecho entre las ciencias del espíritu, tiene como objetivo esencial la comprensión del contenido de los fenómenos y categorías jurídicas, más allá de su mera definición formal o explicación causal.

[12] JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, España, Comares, 1990, p. 185.

Esta forma de entender el Derecho Penal fue posible gracias al abandono del método científico naturalístico del observar y describir, propio de las ciencias naturales, necesariamente objetivo y neutral, defendido también, en el marco teórico del positivismo, en la Ciencia del Derecho, para defender así su carácter científico, y la adopción de un método específico para las ciencias del espíritu, entre las que se encontraba la Ciencia del Derecho. La realidad, pues, para las ciencias del espíritu, tiene siempre un contenido axiológico. Luego, el criterio de la cientificidad no se podía reducir a la posibilidad de explicaciones causales de fenómenos sensibles.

Más profundos fueron los cambios experimentados en el área de la tipicidad. La comprensión puramente descriptiva y desvalorizada del tipo fue sacudida por el descubrimiento de los elementos normativos, que sólo resultan aplicables a través del contenido valorativo que les atribuye el juez. De igual modo, el descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo puso final a una noción de éste exclusivamente objetiva y determinada por factores del mundo exterior.[13] Por consiguiente, el tipo ya no aparecía como la desvalorada descripción de un acaecer externo, sino como un ingenioso recurso del legislador para reunir los elementos del característico contenido del injusto, en el sentido de compendio de los momentos típicos de la antijuridicidad en relación con la correspondiente clase de delito.

Por consiguiente, el tipo no se encuentra situado ya al mismo nivel de la antijuridicidad, como en el sistema clásico, sino que queda reducido a su misión formal de fijar los elementos de la antijuridicidad en la Ley Penal, mientras que los elementos materiales del delito siguen siendo ahora, exclusivamente, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Por otro lado se percibe que el contenido meramente formal atribuido a la antijuridicidad es insuficiente para fundamentar la intervención penal. Junto a este juicio de desvalor objetivo de carácter formal, la antijuridicidad ha de contener un juicio de desvalor material. Así, la antijuridicidad consistirá en la reprobación jurídica que recae sobre el acto formalmente contrario a Derecho pero que, a su vez, es dañoso para la sociedad.

[13] *Cfr.* FRANCO GUZMÁN, Ricardo, *Los elementos subjetivos del injusto*, Ponencia pronunciada en las Jornadas de Derecho Penal México-España, del 7 al 11 de julio De 1997; PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Derecho Penal mexicano*, México, Porrúa, 1997, p. 303; MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho Penal mexicano*, Porrúa, México. 1998; DAZA GÓMEZ, Carlos, *Teoría general del delito*, México, Cárdenas editores y distribuidores, 1998, pp. 5 y s.; PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Teoría del Delito*, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 32; Márquez Piñero, Rafael, *Derecho Penal, Parte general*, México, Trillas, 1997, p. 25.

En cuanto a la culpabilidad, se abandona el insuficiente concepto psicológico propio de la teoría clásica y se adopta un concepto normativo desarrollado gráficamente por FRANK de la forma siguiente: "*un comportamiento puede imputarse a alguien como culpable cuando puede reprochársele haberlo cometido*".[14] La reprochabilidad, como juicio de desaprobación jurídica del acto que recae sobre el autor, se convierte en la base del sistema.

El dolo y la culpa dejan de verse como formas de culpabilidad y se convierten en elementos que han de concurrir para la existencia de la culpabilidad. Esto es, el dolo consistirá en el conocimiento y voluntad de realizar el hecho prohibido por la ley y la imprudencia (culpa), en una voluntad defectuosa. Ambos han de ir referidos tanto a los hechos típicos como a su significación antijurídica.

Las deficiencias de este sistema, tal y como apareció en los años veinte, radicaban, políticamente, en su acentuada neutralidad frente a los valores fundamentales del Derecho Penal, lo que influyó negativa y decisivamente en la posición de la Ciencia ante la naciente confrontación con la ideología del Estado totalitario y con los problemas sociales de la era industrial, y favoreció la separación entre la Dogmática y la Política Criminal.[15]

3. *La teoría de la acción final*

Los sistemas antes mencionados no suponían cambios estructurales importantes; la teoría de la acción final, o finalismo, desarrollada por el maestro WELZEL, quien del concepto final de acción sí derivó consecuencias fundamentales para la teoría del delito.[16]

En primer lugar, frente al concepto causal de acción WELZEL formuló el concepto finalista.[17] Para esta teoría, la esencia de la ac-

[14] Reinhard, Frank, *Estructura del concepto de culpabilidad*, versión castellana de Soler, Sebastián, Chile, Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, 1966, p. 29.

[15] Respecto al Relativismo consúltese Radbruch, Gustav, *Relativismo y Derecho*, Monografías Jurídicas No. 82, Bogotá, Colombia, Temis, 1992, pp. 6 y ss.

[16] En México ha tenido una amplia aceptación esta doctrina, entre otros véanse Luna Castro, José Nieves, *El Concepto de tipo penal en México. Un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional*, Porrúa, México. 1998; Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal mexicano*, Porrúa, México, 1998; Márquez Piñero, Rafael, *El pensamiento filosófico jurídico de Hans Welzel en el Derecho* Penal, Revista *Arts Iuris*, Universidad Panamericana, México, 1998; Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del Delito*, UNAM/Instituto De Investigaciones Jurídicas, México, 1997.

[17] Por primera vez en su artículo publicado en *Causalidad y Acción*, Universidad Nacional de Córdoba, No. 126, España, 1875, pp. 195 y ss., y reproducido en *La*

ción, que determina toda la estructura sistemática, estriba en que, mediante su anticipación mental y la correspondiente selección de los medios, el hombre controla el curso causal dirigiéndolo hacia un determinado objetivo, es decir, lo "supradetermina de modo final". La finalidad es, por ello, dicho en forma gráfica "vidente", la causalidad "ciega".[18] Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir éste, por consiguiente, conforme a un plan a la consecución de un fin, la espina dorsal de la acción finalista es la voluntad consciente del fin, rectora del acontecer causal.

WELZEL cita el siguiente ejemplo: "Si un rayo alcanza a un hombre que se encuentra trabajando en el campo, es indudable que lo acaecido tiene su base en el hecho de que entre el hombre y la nube se había establecido una muy potente tensión eléctrica, tensión que condujo a la descarga. Dicha tensión hubiera podido también surgir exactamente lo mismo entre cualquier objeto elevado y la nube. El que fuera precisamente el hombre es algo que ciertamente está condicionado causalmente en la cadena infinita del suceder, pero el suceder no está dirigido a ello. La cosa es totalmente diversa cuando se trata de acciones humanas. El que quiera asesinar a otro selecciona los factores causales conscientemente en tal sentido y los dispone de manera que alcancen la meta predeterminada. Aquí aparece ordenada la constelación causal en vista de la consecución de la meta: compra del arma, informaciones para elegir la ocasión propicia, situarse al acecho, apuntar el arma, disparar; todos ello, actos dirigidos a la meta sometidos a un plan de conjunto".[19]

doctrina de la acción finalista, hoy, Revista Jurídica Veracruzana, nº. 2 abril-mayo-junio, México, 1970, pp. 51 y ss., posteriormente en su *Derecho Penal alemán, parte general*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 40 y ss. Al desarrollo del concepto finalista de la acción y de todo el sistema del Derecho penal basado en él han contribuido decisivamente los discípulos de Welzel, Werner Niese, *La teoría finalista de la acción en el Derecho Penal alemán*, Trad. Ricardo Franco Guzmán, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 280 y ss; Armin Kaufmann, *La función del concepto de acción en la teoría del delito*, Trad. José Cerezo Mir, Revista Jurídica Veracruzana, Nº. 1-2 México, Enero-Junio, 1974, pp. 51 y ss.; y Günther Stratenwerth, *El problema de la "naturaleza de las cosas" en la teoría jurídica*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad De Madrid, Vol. III, No. 19, 1964; *Derecho Penal, Parte General. El delito como hecho punible*, Madrid, España, Edersa, así como Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Argentina, Astrea, 1995.

[18] Véase Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán, op. cit.*, p. 40.

[19] *Idem.*

De aquí se deduce que el legislador no puede prohibir causaciones de resultados, sino acciones finales, esto es, dirigidas por la voluntad, porque —dice WELZEL— "ninguna norma, ni moral ni jurídica, pueden preceptuar a las mujeres que den a luz hijos viables a los seis meses, en lugar de a los nueve, como no pueden tampoco prohibir a un aviador que si se precipita contra el suelo, no traspase la velocidad de 30 km. por hora";[20] aquellas normas "sólo pueden referirse a actos, los cuales son algo distinto de meros procesos naturales causales, distinguiéndose de éstos por el momento de la dirección consciente hacia un objetivo; es decir, por el momento de la finalidad",[21] "el legislador no sólo está vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino que también tiene que respetar determinadas estructuras lógicas-reales en el objeto de su regulación, pues, de lo contrario, su regulación resulta necesariamente falsa. Así, la estructura ontológica de la acción, sobre todo, tiene existencia previa a cualquier valoración y regulación. El legislador tampoco puede cambiar la estructura de la actividad final del hombre ni la función del dolo en ella, sino que, si las quiere someter a normas, tiene que vincular su regulación a aquéllas, pues, de lo contrario, malogra el objeto de la regulación".[22]

Así, el tipo, entendido como descripción de la conducta típica y como indicio de la antijuridicidad, no podía limitarse a describir un acontecimiento causal externo, sino que debía describir también la estructura final de la acción, lo que suponía un traslado del dolo y la culpa, hasta entonces consideradas como formas de culpabilidad, al ámbito de la primera categoría dogmática del delito.

La consideración del dolo como forma de culpabilidad de las etapas dogmáticas anteriores había facilitado la configuración de un dolo como voluntad de realización del hecho con conciencia de la antijuridicidad. Por consiguiente, la ausencia de la conciencia de la antijuridicidad, esto es, el hoy denominado error sobre la antijuridicidad, excluía el dolo. Pero una vez definido el dolo como voluntad de realización del tipo y traslado al ámbito de la tipicidad, originando el desdoblamiento de esta categoría en dos niveles de análisis (tipo objetivo y tipo subjetivo), la conciencia o conocimiento de la antijuridicidad dejó de formar parte del dolo, convirtiéndose en elemento esencial del juicio de reproche por la realización del hecho antijurídico, en sede de culpabilidad.

[20] Véase Welzel, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, España. 1977, p. 257.

[21] *Idem.*

[22] Roxin, Claus, "Contribución a la crítica de la teoría final de la acción", *Problemas básicos del Derecho Penal*, Madrid, España, Reus, 1976, p. 87.

En la culpabilidad, para esta teoría, aparecerán los elementos siguientes:

1) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad: esto es, que el autor es capaz, de acuerdo con sus fuerzas psíquicas, de actuar conforme la norma le indica.
2) Conciencia de la antijuridicidad del hecho: el sujeto conoce la antijuridicidad de su actuar.
3) Exigibilidad de otra conducta conforme a Derecho. Se considera que existen situaciones extraordinarias, en las cuales se encuentra fuertemente disminuida la posibilidad de motivación conforme a la norma y, con ello, la culpabilidad, entonces, no es exigible una conducta diversa, pero si esto no ocurre, se da el tercer elemento de la culpabilidad.

4. *El sistema racional-finalista de la teoría del delito*

La novedad del criterio teleológico-funcionalista en la dogmática jurídico-penal se halla, más bien, en la voluntad de racionalizar esa intervención de aspectos teleológicos y axiológicos en la construcción del sistema. Todo ello con la pretensión de sentar las bases calculables de la posibilidad de una modificación del contenido de cada categoría, ello en función de cambios valorativos o de variaciones en la relación existente entre los fines del Derecho Penal y del sistema de la teoría del delito.

Sin embargo, no puede negarse que en la actualidad cabe distinguir con cierta claridad al menos dos corrientes funcionalistas: una *moderada* y otra *radical*, cuyas conclusiones son en poca medida diferentes. Ambas se distinguen, al parecer, en el punto de partida de la normativización del sistema y sus categorías, así como en el grado de absolutización del factor metodológico funcionalista.

ROXIN, en su manual,[23] intenta elaborar, desarrollar y hacer avanzar con un nuevo contenido los puntos de partida neokantianos de la época de entreguerras, que en los sistemas neoclásicos sólo

[23] De suma importancia resulta la tendencia iniciada con su monografía *Política Criminal y sistema de Derecho penal*, Bosch, Barcelona, España, p. 19, que partiendo de un punto de vista teleológico del Derecho penal intenta superar, por un lado, la división entre finalistas y causalistas y, por otro, el análisis puramente sistemático del concepto de delito, introduciendo como criterio rector final para la resolución de problemas dogmáticos la Política Criminal. Y actualmente en su espléndido manual de *Derecho penal, parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito...*, p. 203.

habían tenido un desarrollo insuficiente y se vieron conmovidos en la época nazi. El avance consiste en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal: las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena. Para ROXIN el fin de la pena es la prevención tanto general (positiva integradora) como especial, pero, en aras a la libertad limitada por el principio de culpabilidad. Por tal razón, este autor presupone que de ello "resulta una teoría preventiva de la pena que conjuga la medida en la que pueden conseguirse ambas posibilidades de influencia, que a menudo divergen en sus resultados, de tal forma que según los parámetros de un Estado Social de Derecho resulta de igual forma beneficiosa, o al menos aceptable, para la sociedad, la eventual víctima y el autor".[24] "La necesidad preventiva del castigo, que debe admitirse según el criterio del legislador, se deriva justamente en el caso normal de la interpretación teleológica tiene que considerar siempre el punto de vista de la necesidad de la pena. Pero sobre todo, la cuestión en torno a la necesidad preventiva del castigo surge en las causas de exculpación, dicho más exactamente: aquélla siempre tiene que considerarse junto con la cuestión relativa a la culpabilidad cuando se trata de los motivos de exclusión de la responsabilidad penal".[25] A partir de estos criterios reintroduce el concepto de "imputación" en la tipicidad: la imputación objetiva como sistema superador del dogma causal. Mientras que el tipo objetivo en las tres concepciones sistemáticas en los delitos de resultado quedaba reducido en lo esencial a la mera causalidad, en cambio, el punto de partida teleológico ha hecho depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la "*realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma*", sustituye con ello por primera vez la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a valoraciones jurídicas.[26]

A la antijuridicidad corresponde la catalogación de valores ordenadores de la vida en sociedad, tales como el de proporcionalidad, ponderación de bienes, etcétera, que sirven para comprobar si un

[24] Roxin, Claus. *La evolución de la Política Criminal...*, p. 59.

[25] *Ibidem*, p. 61.

[26] Las bases teóricas para ello fueron sentadas ya hacia 1930 por el neokantismo y neohegelianismo; pero el desarrollo dogmático de esas ideas se quedó entonces en un estado rudimentario y volvió a caer pronto en el olvido. Al respecto consúltese su artículo de Roxin, Claus, "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal", *Problemas básicos de Derecho Penal*, Madrid, España, Reus, 1976, pp. 128 y ss.

hecho típico puede ser admitido por el ordenamiento jurídico como permitido.

Y la culpabilidad trataría de averiguar si el sujeto es "responsable" del hecho cometido, y si existen razones de prevención que justifiquen la imposición de una pena.[27]

ROXIN vuelve a un sistema bipartita del concepto de delito en el que los elementos fundamentales del sistema del Derecho Penal vienen constituidos por dos juicios de desvalor: el injusto penal y la responsabilidad. Por ello, tipicidad y antijuridicidad se engloban en un único elemento en el que se distinguen elementos que han de concurrir positivamente y aquellos que deben estar ausentes como elementos negativos (causas de justificación). Afirma que la impunidad, para los casos de desistimiento voluntario, sólo puede explicarse a partir de la teoría de la pena.[28] Lo anterior, es únicamente una evidencia de cómo ROXIN demuestra que la teoría de la pena es "sumamente fructífera" también para la dogmática y el sistema del Derecho penal. Lo cual, contribuye a la solución político-criminalmente satisfactoria de muchos problemas objetivos y conduce a una nueva concepción de la categoría delictiva tradicionalmente designada como "culpabilidad".[29]

Al mismo tiempo que ROXIN elabora su sistema estructurado en la Política Criminal y su vinculación con la dogmática y el sistema de Derecho Penal, se encuentra un interesante sistema propuesto por GÜNTHER JAKOBS, que, sin rechazar por completo la influencia de WELZEL,[30] su maestro, se asienta, cada vez más decididamente, sobre fundamentos metódicos totalmente distintos a los del finalismo,[31] al partir de la base de que conceptos como causalidad, poder, acción, etcétera; no tienen un contenido prejurídico para el Derecho Penal, sino que sólo se pueden determinar según las necesidades de la regulación jurídica. Metodológicamente, la especial originalidad de su concepción sistemática —en palabras de ROXIN— estriba en el hecho de que formula la dogmática jurídico-penal en los conceptos y categorías de la teoría de los sistemas sociales (sobre

[27] Roxin, Claus, *Derecho Penal, parte general...*, p. 204.

[28] Roxin, Claus, *La evolución de la Política Criminal...*, p. 62.

[29] *Ibidem*, p. 63.

[30] Aunque Jakobs en su propio manual es tajante al referirlo en su prólogo a la primera edición de su manual de Derecho penal.

[31] Véase con más detalles sobre la iniciación del sistema de Jakobs, Enrique Peñaranda Ramos/Carlos J. Suárez González/Manuel Cancio Melia, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, En estudios de Derecho Penal, Madrid, España, Civitas, 1997, pp. 17 y ss.

todo de LUHMANN).[32] Y la peculiaridad más discutida del contenido de su teoría del delito consiste en que para JAKOBS, en concordancia con su teoría del fin de la pena, la culpabilidad queda totalmente absorbida en el concepto de prevención general, esto es, que no la considera como algo objetivamente dado, sino que simplemente la "adscribe" conforme al criterio de lo que es necesario para el "ejercitamiento en la fidelidad al Derecho", sin tomar en consideración las capacidades del autor.[33]

En todo caso, mucho se ha hablado, escrito y discutido en los últimos años sobre la influencia de la teoría de los sistemas sociales en el pensamiento de JAKOBS. Suele casi generalmente afirmarse que la construcción de este autor se debe en gran parte a las aportaciones de LUHMANN en el ámbito de la Sociología. POLAINO NAVARRETE, definitivamente gran conocedor de la dogmática funcionalista,[34] opina que "sólo es cierta en parte, y por tanto los autores que suelen resaltar este aspecto (a menudo con exacerbada e infundada crítica a la supuesta abstracción sociológica de los conceptos dogmáticos penales), lo hacen desde una perspectiva muy parcial y fragmentaria, y —en consecuencia— no alcanzan a vislumbrar la totalidad del problema".[35]

Con base en esta opinión más que digna de estudio, pone de relieve según JAKOBS que asistimos al declive de la dogmática de base ontológica y que no sólo los conceptos de culpabilidad y acción (y muchos otros en un nivel inferior de abstracción), a los que la dogmática jurídico-penal ha atribuido de manera reiterada una esencia o una estructura (lógica-objetiva, prejurídica), se convierten en conceptos acerca de los que no puede decir nada sin atender a la misión del Derecho Penal, sino que el propio concepto del sujeto a quien se

[32] POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho Penal*, Porrúa, México, 2001, pp. 24 y s. Al igual que otros sociólogos anteriores, como Talcott Parsons, Luhmann pretendió a lo largo de una bibliografía casi inabarcable, elaborar desde una perspectiva crítica una "*teoría general de la Sociedad*", en la que conjuga con admirable coherencia la construcción teórica con el funcionalismo práctico y dinámico. Esta teoría recibe la denominación de "*Estructuralismo Funcional*" o "*Constructivismo*". Desde esta perspectiva, la teoría de Luhmann concibe la sociedad *como un sistema autorreferente y autopoiético que se integra de expresiones de sentido, de comunicaciones.*

[33] Roxin, Claus, *Derecho Penal, parte general...*, p. 204.

[34] En México se pueden consultar baja la postura de este pensamiento Daza Gómez, Carlos, *El funcionalismo hoy*, Criminalia, México, 1999, pp. 146; Márquez Piñero, R. *Fundamentación Básica del Derecho Penal*, en Criminalia, México, Mayo-Agosto, 1999, pp. 43 y 44.

[35] *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal...* p. 30.

imputa se muestra como un concepto funcional. Con ello no se pretende afirmar que, mediante la apelación a la función del Derecho Penal, se haya encontrado un punto con cuya ayuda se puedan fijar proposiciones dogmáticas de una vez por todos. Por el contrario, toda proposición de la Dogmática Penal padece las mismas inseguridades que sufre la consecución de un acuerdo sobre la función del Derecho Penal.[36]

Todo ello indica que, si bien probablemente cabe calificar al funcionalismo de JAKOBS como *funcionalismo radical*, mientras que el de ROXIN, y sus discípulos sería más bien *moderado*, lo decisivo en la distinción de ambas corrientes no es, pese a todo, el aspecto metodológico, sino que aparece constituido por la concepción acerca de la misión del Derecho Penal.

V. La definición del delito

El delito puede definirse de la manera más sencilla posible; se puede afirmar que consiste en un comportamiento humano que reúne determinadas características.[37]

El texto constitucional, en sus artículos 13 a 23, prevé normas fundamentales que deben observarse en el procedimiento penal, en el cual se ven afectados valores fundamentales del ser humano, como la libertad. Así, el artículo 14, en su segundo párrafo, prevé que nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

De su redacción se concluyen consagradas las garantías de defensa, legalidad y seguridad jurídica *in genere*, las cuales, en materia

[36] Jakobs, Günther, *Derecho Penal, parte general*, Prólogo, p. V.

[37] Ya en su momento Carrancá y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal mexicano, Parte General*, México, Porrúa, 1976, p. 175; entendía al delito como una acción, la que es antijurídica, culpable y típica. Por ello es punible, según ciertas condiciones objetivas o sea que está conminada con la amenaza de una pena. Acción porque es acto u omisión humano; ilícita; típica porque la ley ha de configurarla con el tipo de delito previsto; culpable porque debe corresponder subjetivamente a una persona. La norma prohibitiva sólo es eficaz penalmente por medio de la sanción; de donde deriva la consecuencia punible; actualmente Carrancá y Trujillo, Raúl, Raúl Carrancá y Rivas, definen al delito como una acción antijurídica, típica, imputable, culpable, punible y en ciertos casos sujeta a las llamadas condiciones objetivas de punibilidad. *Código Penal anotado*, México, Porrúa, 1998, p. 37.

penal, se traducen en la posibilidad de que los procesados se defiendan ante las pretensiones punitivas del Estado, dando lugar a la reglamentación secundaria sobre las formalidades del procedimiento, entre ellas, las de naturaleza penal, que en nuestro país recoge diversos principios fundamentales, doctrinal y jurisprudencialmente reconocidos, verbigracia: el de culpabilidad, duda absolutoria, *non reformatio in peius*, plenitud de defensa, defensa adecuada, presunción de inocencia, *nos bin in idem*, debido proceso y exacta aplicación de la ley.

Luego, encuéntrase subsumida, en el párrafo segundo del numeral en comento, como un derecho público subjetivo de todo gobernado, la llamada garantía de debido proceso, como el imperativo de tramitar un procedimiento previo a la imposición de las penas a que se refiere el numeral 21, de la Ley Suprema, el cual debe seguirse ante un tribunal establecido con anterioridad al hecho y atendiendo a las formalidades esenciales del propio procedimiento, es decir, deben respetarse el conjunto de actos, diligencias y resoluciones relativas a las diversas etapas de la secuela procedimental; las normas y reglas impuestas por la ley para dar forma a la función de juez y las partes en el ejercicio y aplicación del Derecho. Basta leer el artículo 160 de la Ley de Amparo para que mediante un argumento a contrario sensu, se obtenga el debido proceso.

Asimismo, por corresponder a un estado de legalidad, se consagra el principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, en el artículo 14 constitucional, principio rector del sistema de enjuiciamiento penal en México, a virtud del cual, queda prohibido imponer por simple analogía o mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trate.

En la terminología constitucional, la *analogía* es entendida, conforme a la Tesis de jurisprudencia 46/97, aprobada por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de cinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete, al resolver la contradicción de tesis 19/97, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo del Décimo Segundo Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo: VI, Diciembre de 1997, Tesis: 1a./J. 46/97, Página: 217.

> "**APLICACIÓN EXACTA DE LA LEY PENAL, GARANTÍA DE LA, EN RELACIÓN AL DELITO DE VIOLACIÓN A LA SUSPENSIÓN**. El artículo 206 de la Ley de Amparo, al establecer el tipo del delito de desobediencia al auto de suspensión debidamente notificado y hacer la remisión, para efectos de sanción, al de abuso de autoridad previsto por el artículo 215 del Código Penal Federal,

no es violatorio de la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, ya que los principios nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege, en que descansa dicha garantía, se refieren a que un hecho que no esté tipificado en la ley como delito, no puede conducir a la imposición de una pena, porque a todo hecho relacionado en la ley como delito debe preverse expresamente la pena que le corresponda, en caso de su comisión. Tales principios son respetados en los preceptos mencionados, al describir, el primero de ellos, el tipo penal respectivo, y el segundo, en los párrafos penúltimo y último, la sanción que ha de aplicarse a quien realice la conducta tipificada. Así, la imposición por analogía de una pena, que implica también por analogía la aplicación de una norma que contiene una determinada sanción, a un caso que no está expresamente castigado por ésta, que es lo que proscribe el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, no se surte en las normas impugnadas."

Es por ello que la Teoría General del Delito intenta la enunciación de las características esenciales que han de concurrir en una conducta para que se haga merecedora de pena.

En este tenor, nuestra legislación federal vigente, en su artículo 7º, define: "*Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales*".[38] Pero existen una serie de principios y elementos que son comunes a todo delito o a amplios grupos de delitos, de la misma forma que ciertas consideraciones afectan a toda pena o a clases de penas. Es por eso que en su Parte General, en el Libro Primero del Código Penal Federal, el Derecho Penal versa, en lo fundamental, sobre todas las cuestiones generales acerca del delito, el delincuente y la pena. Y por lo que respecta a la Parte Especial, contemplada en el Libro Segundo del Código Penal Federal, el Derecho Penal describe los elementos que diferencian a los distintos delitos, como homicidio, robo, fraude, abuso de confianza, daño en propiedad ajena, etc., del mismo modo que para cada uno de ellos se señalan las diferentes penas con las cuales se castigan. Estos principios y elementos están reguladas en el Libro Primero de una manera genérica, a veces, por lo que puede decirse que su elaboración ha corrido básicamente a cargo de la doctrina científica y de los tribunales de justicia,[39] que han debido

[38] Al respecto aún cuando la ley penal mexicana, en términos generales, siempre lo ha definido, la doctrina del país no ha sido uniforme.

[39] Tal y como es el caso de la jurisprudencia "DELITO, NATURALEZA DEL. Conforme al Derecho material, el tipo está constituido por el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica, esto es, significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada una sanción penal; por ello se dice que el delito es acción

colmar lagunas creadas deliberadamente por el legislador, relajándose, de una manera no siempre inobjetable, el estricto principio de legalidad tan vinculante en otros aspectos del Derecho Penal.

En México es tradicional que los Códigos Penales incluyan una definición del delito. El Código Penal de 1871 establecía: "El delito es la infracción voluntaria de una Ley Penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda". Esta definición recoge el contenido clásico racionalista del Código Penal que la incorporó, con el acento en la violación a lo dispuesto en la Ley Penal, para enseguida adicionar un elemento especificador. El proyecto de reforma de 1912, en el artículo 4, estableció: "Son delitos las infracciones previstas en el Libro Tercero de este Código y de las demás designadas por la ley bajo esta denominación", señalándose, en la exposición de motivos las razones que mueven a su modificación, en lo relativo a la supresión de la expresión voluntaria, la cual generaba confusiones; por lo que concluye la propia exposición que "estos defectos de la definición parecen provenir sobre todo, de que su autor se colocó en un punto de vista rigurosamente doctrinario, como si hubiera querido definir el delito en la cátedra o en un tratado jurídico. El Código Penal de 1931, en el artículo 7 previno que: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Sin embargo, al definir la infracción punible nos interesa establecer todos sus requisitos, aquellos que son constantes y los que parecen variables. Siendo que en nuestro Código Penal Federal, a diferencia de lo que sucede en la mayor parte de los códigos extranjeros,[40] se incluye la definición del delito. No se trata de un mero concepto formal. La inclusión en la definición de las palabras "dolosas" o "culposas" descarta esa posible interpretación. Por lo que se puede afirmar que el delito se constituye con sus elementos: acción tipicidad,

antijurídica, pero al mismo tiempo, y siempre, típicamente antijurídica. El fundamento de tal exigencia lo establece el código represivo en el artículo 7º., al establecer que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales; esto es, que nadie puede ser castigado sino por hechos que la ley previamente ha definido como delitos, ni con otras penas que las en ellas establecidas o, en otros términos, que una acción sólo puede ser castigada con pena, si ésta se hallaba determinada legalmente antes de que la acción se perpetrara".

Amparo directo 2298/54. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1955, no se menciona el nombre del promovente. 31 de marzo de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Ausentes: Luis G. Corona. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXIII, página 2098.

[40] En el caso de España, el artículo 10 del Código Penal dispone: "Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley".

antijuridicidad (entendido como el injusto penal) y culpabilidad, sometida a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.

Sin dejar de desatacar, como lo he podido sostener en mi cátedra, que a través del método dogmático jurídico-penal, y como objeto de estudio la ley, en particular, el Código Penal Federal, el concepto de delito se puede estructurar como la acción u omisión (simple o impropia) dolosa (directo o eventual) o culposa (previsible o imprevisible) que se encuentra exactamente adecuada a la descripción legal como constitutiva de un delito; contraria a derecho al no justificarse con el consentimiento del titular del bien jurídico dañado o con el actuar en defensa legítima, estado de necesidad, ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber. Lo anterior, en el injusto penal, constituye el juicio de desvalor sobre el hecho típico y antijurídico. Complementa el concepto, el juicio de desvalor sobre el autor, quien debe ser imputable (capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho típico y de conducirse de acuerdo con esa comprensión), con conciencia de la antijuridicidad (no actuar en error invencible de tipo o de prohibición o vencible de tipo, cuando no se prevé la conducta como culposa), finalmente, con exigibilidad racional de conducirse conforme a la norma jurídica penal.

Concepto que se obtiene de los artículos 7º, 8º, 9º y 15 del ordenamiento legal en cita. Destacadamente, a *contrario sensu*, del mencionado en último término.

Si el Derecho Penal le imputa acciones antijurídicas a personas le impone penas como consecuencia de esas actuaciones antijurídicas, ha de respetar, a la hora de cumplir su función, la visión que el ordenamiento jurídico tiene de sus ciudadanos.[41] Esta visión de la persona por el Derecho permite desechar aquellas funciones que el Derecho Penal no puede desempeñar por ser ilegítimas e incompatibles con la visión de las personas que tiene el Ordenamiento jurídico.[42]

La Teoría del Delito reúne en un sistema los elementos que, con sustento en el Derecho positivo, pueden considerarse *comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos*. La Teoría del Delito es obra de la

[41] *Cfr.* No obstante la interpretación de Hassemer, Winfried, *El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho Penal eficaz*, Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1999, p. 86; siendo que el destinatario de todas estas exigencias de la opinión pública que se siente amenazada por la violencia es, sobre todo, el Derecho penal, incluyendo también en él el Derecho procesal penal. De él se espera una ayuda eficaz ante situaciones de necesidad y que garantice la seguridad de los ciudadanos.

[42] En tal sentido Feijoó Sánchez, Bernardo José, *El injusto penal y su prevención en el nuevo Código Penal de 1995*, Colex, Madrid, España, 1997, p. 28.

dogmática jurídico-penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del Derecho Penal.[43] Es por ello, que elaborar esta teoría con elementos clara y precisamente definidos y aplicables a cualquier delito significa ofrecer a los tribunales criterios válidos para todos los posibles supuestos que se presenten, más allá del caso concreto, y permite por tanto que se pueda saber a *priori* y no sólo a *posteriori*, cómo va a calificar y decidir el tribunal en cada caso; es decir, el ciudadano no puede saber a qué atenerse, tal y como lo expresa la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la decisión del amparo penal directo 3695/33[44] que concibe al delito como "*el acto u omisión que sancionan las leyes penales: de modo que la consumación del delito se obtiene por el simple hecho de infringir la ley, independientemente del resultado que con ello se obtenga*". En el mismo sentido de la ya citada sentencia, el Amparo penal directo 3731/51,[45] Amparo en revisión 179/99,[46] Amparo directo en revisión 670/93,[47] la jurisprudencia 31/99.[48] Luego, un concepto general de delito bien estructurado y sistematizado favorece no sólo la seguridad jurídica, sino también mayor justicia en la respuesta penal al delito, de no ser así, sería violatorio de los preceptos constitucionales que lo contemplan; así lo ha sostenido el criterio jurisprudencial emitido por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, Octava Época, Tomo: XIII, Febrero de 1994, publicado en el Semanario Judicial de la Federación, visible en la página 413, bajo el rubro y texto siguientes:

[43] El Derecho penal forma parte del *sistema penal*, que lo integran también el Derecho procesal penal, el sistema penitenciario, la organización jurisdiccional penal. Todo ello se inserta en un orden jurídico general presidido por la Constitución. Por ese motivo admitimos variedad de opiniones en la misma medida en que hay variedad de interpretaciones de las normas constitucionales. Más, en todo caso el delito será siempre la afectación o menoscabo de un valor reconocido constitucionalmente, de forma directa o indirecta, contra la que se reacciona de un modo constitucionalmente comprensible a través de la pena. Siendo esa la ubicación jurídica de la teoría del delito.

[44] Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XLIV, página 1328.

[45] Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CVIII, página 1543.

[46] Novena Época, Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: X, Octubre de 1999, Tesis: IX.1o.15 PPP. Página: 1316.

[47] Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: I, Mayo de 1995 Tesis: PPP. IX/95 Página: 82.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VI, Diciembre de 1997, página 217, tesis por contradicción 1a./J.46/97.

[48] Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: IX, Mayo de 1999. Tesis: 1a./J. 31/99 Página: 285.

"**RETENCIÓN DE LIBERTAD. CONSTITUYE UN SUPUESTO DE EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD.** La retención de libertad ordenada por el ejecutivo en contra del quejoso, implica un acto de molestia a la libertad personal de éste, pues atenta directamente a la garantía de seguridad jurídica contenida en el artículo 16 de la Carta Magna, por ende, no es necesario que el peticionario de garantías agote el recurso ordinario o medio de defensa condigno, antes de promover la acción constitucional".

A pesar de que no se comparta una visión personal del injusto en la actualidad, es difícil defender que el injusto penal se reduce a una relación de causalidad entre acción voluntaria y resultado.[49] Esta idea tiene problemas de compatibilidad con el Derecho positivo. Por ejemplo, resulta complejo explicar la tentativa, la diferenciación entre los delitos de omisión simple y de comisión por omisión o los delitos especiales que exigen determinados requisitos de autoría. Tampoco se pueden explicar los delitos que sólo describen una actividad. Ni siquiera la concepción causal del injusto permite explicar correctamente el injusto propio de los delitos de resultado. Desde el punto de vista causal no se puede diferenciar la autoría de la participación, que es una exigencia del Derecho positivo.

Por ejemplo: X denuncia a la policía que ha sido objeto de una agresión por parte de Y, a cuyo efecto incluso se producen varias contusiones y se rompe la ropa. A consecuencia de ello, la policía detiene a Y durante un tiempo, hasta que se declara lo ocurrido. Aquí X ha cometido el delito de detención ilegal en autoría mediata.

Según ello, la fórmula conocida como "definición de delito" no sería un enunciado formulado en lenguaje descriptivo, sino un conjunto de estipulaciones normativas, un "conjunto de directivas dirigidas a los legisladores y los jueces acerca de las condiciones que se deben cumplir en la regulación y adjudicación de responsabilidad penal".

El sistema permite la ordenación y regulación del saber existente, la detección de las contradicciones que puedan darse y mantiene todo ese saber de modo permanente a nuestra disposición. Ahora bien, la sistematización culmina en un proceso de abstracción, mediante la reconducción de lo individual a categorías cada vez más generales. Pretende, pues, en última instancia, la elaboración de unos pocos conceptos, fundamentales para el conjunto del sistema. Pero además, el concepto de delito debe ser funcional con la misión del

[49] En el mismo Sentido Daza Gómez, Carlos, *Teoría general del delito*, México, Cárdenas Editores y Distribuidores, 1998, p. XII; Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal mexicano*, México, Porrúa, 1998, 2ª ed., p. 259.

Derecho Penal[50] y con los instrumentos de que dispone (penas y medidas de seguridad), lo que obliga a valorar los efectos sociales que produce cada formación metodológica.

1. *¿Es la punibilidad una categoría autónoma de la definición de delito?*

Con frecuencia, las definiciones de delito añaden a las notas de "comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable", la relativa a que el mismo sea *punible*. Sin embargo, su ausencia o su concurrencia no impediría la antijuridicidad o la culpabilidad, sino sólo la conveniencia *político-criminal* de la pena, por otras razones ajenas a la gravedad de la infracción o que nada tienen que ver con la posibilidad de culpar de ella al autor, como razones de oportunidad, políticas, etc. En la excusa absolutoria del artículo 333 del Código Penal Federal, por ejemplo, el legislador considera preferible la renuncia a la imposición de una pena, que dar lugar a una intromisión y grave deterioro en la vida de la mujer. Dada la existencia en nuestro Código de condiciones objetivas de punibilidad y de excusas absolutorias, podría pensarse en completar la definición del delito, diciendo que es la acción típica, antijurídica y culpable, siempre que se den las condiciones objetivas de punibilidad y no concurra una excusa absolutoria.

La inclusión de la punibilidad en el concepto de delito, a pesar de tener este elemento un contenido propio, de hacer referencia a otros *presupuestos* de la pena, no sería lógicamente correcta, pues las condiciones objetivas de punibilidad (hostigamiento sexual y falsificación de documentos, entre otros delitos previstos en los artículos 259 y 245, respectivamente) y las excusas absolutorias (posesión de narcóticos de farmacodependientes y robo de famélico previstos en los artículos 199 y 379, respectivamente) son muy escasas en nuestro Código Penal Federal y no puede, por ello, decirse que constituyan elementos esenciales del delito.

Algunos autores prefieren estudiar por lo menos una parte de la problemática de la *punibilidad* al filo de la tipicidad, no obstante sea sin una justificación sistemática clara.

Para favorecer una jurisprudencia nacional, objetiva e igualitaria, que garantice la seguridad jurídica, la imputación de un delito debe formularse en forma total o global. Por lo que entendemos que cada elemento del delito equivale a un presupuesto de punibilidad, y en

[50] Así, por ejemplo, Armin Kaufmann, *La misión del Derecho Penal*, Reformas Penales II, Barcelona, España, p. 5.

consecuencia, para dictar sentencia condenatoria es preciso que todos se hayan verificado. Por el contrario, para la absolución, es suficiente con comprobar que no concurre algún requisito. Esto es, se actualice una sola de las causas excluyentes del delito a que se refiere el artículo 15 del Código Penal Federal: ausencia de conducta (fracción I); atipicidad, ante la inexistencia de alguno de los elementos esenciales del tipo penal: acción u omisión; lesión o puesta en peligro; bien jurídico tutelado; objeto material; atribuibilidad de la acción u omisión al resultado; medios comisivos; circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión; elementos normativos —jurídicos o culturales-; elementos subjetivos específicos; y, demás circunstancias que la ley prevea, por ejemplo: calificativas (fracción II); consentimiento del titular del bien jurídico dañado (fracción III); defensa legítima (fracción IV); estado de necesidad (fracción V); ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber (fracción VI); imputabilidad (fracción VII); error de tipo o de prohibición (fracción VIII); y, la no exigibilidad racional de una conducta conforme a derecho (fracción IV).

VI. La clasificación de los delitos

Las reformas de los distintos sistemas penales de los últimos decenios y sus necesarias transformaciones para acoger a las nuevas realidades sociales, han acabado con consideraciones de este tipo en la doctrina, al percibirse que el carácter "permanente" del delito no existe, de la misma forma que no existe conciencia de delito con carácter universal, sino que cada sociedad tiene sus propios delitos, que responden a sus propias estructuras sociales y culturales.

Esta clasificación, pese a ser un criterio meramente formal tiene sin embargo, también consecuencias de orden material, a lo cual nos dedicaremos a lo largo del presente estudio.

SEGUNDA PARTE

EL INJUSTO PENAL

I. Conducta

Previo al inicio de esta exposición, es conveniente dejar en claro la relación que existe entre el concepto de acción y el concepto de delito.

El primer elemento del delito es la concurrencia de una acción u omisión. La teoría de la acción ha intentado ofrecer un concepto superior de acción que debía reunir las características válidas por igual para todas las formas de manifestarse la conducta delictiva. Es por ello que la acción humana tiene importancia fundamental para el Derecho Penal:[51] El Derecho Penal se ocupa del elemento psíquico sólo en relación con la acción externa, porque la convivencia social se ve afectada por manifestaciones exteriores de la voluntad humana. El delito no es nunca el pensamiento de delinquir, sino la acción conforme a ese pensamiento.

Dado que el hecho sucedido es un acto humano, esto es, algo que podemos describirlo, por ejemplo, en términos físicos, mover un brazo, o refiriéndolo a su agente, un acto de caridad o de injusticia, o psicológico, un acto de desesperación o de bondad, o legal, un acto de homenaje o de lealtad. Para que un suceso sea caracterizado correctamente por medio de una de estas descripciones, no sólo debe ser algo que es realizado, sino que también

[51] Para Carrancá y Rivas, Raúl. Código penal anotado, Porrúa, México, p. 30, el acto u omisión son las dos únicas formas de manifestarse la conducta humana que pudieran constituir delito. Ambos constituyen la acción *lato sensu*, son especies de ésta. El acto o acción *estricto sensu* es su aspecto positivo y la omisión el negativo. El acto consiste en una acción positiva, en un hacer, lo que no se debe de hacer, en un comportamiento que viola una norma que prohíbe; la omisión en una actividad negativa, en un dejar de hacer lo que se debe hacer, en un omitir obediencia a una norma que impone un deber hacer. Ambos son conducta humana, manifestación de voluntad que produce un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior, llamado resultado, con relación de causalidad entre aquellos y éste.

necesita adecuarse a ciertas normas de la Ética, del Derecho, etcétera; pero estas normas no son mencionadas en la descripción.[52]

1. *La relevancia en el concepto de acción*

El concepto de acción[55] resulta imprescindible desde esta posición, no sólo para poder estructurar la teoría del delito, y desde luego la

[52] La descripción que se dé de un acto o de una acción es importante por varias razones. Primero porque dos actos pueden parecerse en algunos aspectos y diferenciar entre otros, pueden compartir una descripción y no otra. Así dos actos pueden ser propiamente descritos por medio de la expresión "cruzar el límite", pero sólo uno de ellos por medio del término "allanamiento", porque sólo éste se ejecuta sin el consentimiento del propietario. Las razones por las cuales se dice que hay dos actos consisten en que alguien podría hacer y tratar de hacer el uno sin hacer el otro, y en qué rasgos presentes en el segundo acto, de los cuales carece el primero. Por otro lado, no hay dos actos cuando por ejemplo, firmo con mi nombre y doy un apretón de manos. Esto porque puedo decir que al afirmar, o que mediante mi firma, termino una proclamada, mientras que no puedo decir que al afirmar, o que mediante mi firma, doy un apretón de manos.

[55] En torno al concepto de acción, se desarrolla una de las principales diferencias entre las teorías causalista y finalista del delito. Para los autores causalistas, distinta es la voluntad humana implícita en la acción, a su contenido, que pertenece al ámbito de la culpabilidad; esto es, la acción se valora en su aspecto externo y la voluntad delictiva corresponde a otro elemento del delito: culpabilidad. La teoría contraria sostiene el enfoque finalista, que considera que la acción engloba también el elemento subjetivo de la conducta (dolo y culpa), los cuales, consecuentemente, quedan fuera de la culpabilidad. Así, para J. M. Martínez Pereda Rodríguez y Antonio Roma Valdés, Derecho Penal, (Parte General), Barcelona, J.M Bosch Editor, 1999, p. 47, "la acción no sólo es el primer elemento del delito, sino el propiamente sustantivo al que se añaden los demás elementos (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad) como características o atributos (2). Lo anterior deriva de que el concepto de acción resulta central para la teoría del delito, pues el hombre no delinque en cuanto es, sino en cuanto actúa. De esta suerte, el hecho punible, a diferencia de lo que ocurre con su tratamiento por la norma moral, no se circunscribe nunca al pensamiento de delinquir, sino a la acción externa que se produce conforme a tal pensamiento. Pero para que pueda hablarse de acción es preciso que sea voluntaria y por ello no puede entenderse por tal cuando fuera provocada por una fuerza irresistible en que el hombre se torna en mero instrumento. Para este autor, los delitos pueden distinguirse, desde el punto de vista de la acción, en delitos de acción y delitos de omisión, según consistan en hacer lo que la ley prohíbe o en no hacer lo que se manda".

De González Mariscal, Olga Islas, Análisis lógico de los delitos contra la vida, Trillas, México, 1991, p. 80, denomina al primer elemento del delito como "hecho". Para esta autora, el hecho es el "subconjunto de elementos del tipo necesarios e idóneos para producir o no evitar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico". Sobre el particular, explica Creus, Carlos Derecho Penal, 3ª edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1994, pp. 77-79 que aparentemente la doctrina moderna sigue polarizándose en dos conceptos de acción diferenciados: causalismo y finalismo; para el primero la acción sería el movimiento corporal producido por (o que

ubicación de sus elementos, sino para poder deducir conceptos fundamentales, como el dolo y la culpa. Esto es, desde el concepto de acción se maneja toda la teoría del delito.[54]

Sin embargo, los objetivos más ambiciosos de la teoría de la acción nos han parecido irrealizables, puesto que de un lado 'definir' el contenido de aquello que es 'merecedor de pena' sólo es posible después de examinar cada concreta figura de delito, tal cual es delineada en cada ordenamiento jurídico, y de otra parte, porque ni siquiera aquellas características (hacer, omitir, dolo, culpa) que se pueden abstraer del catálogo de la parte general pueden ser posteriormente reducidas bajo un solo concepto clasificatorio, impidiéndolo las insuprimibles diferencias estructurales propias de tales caracteres. De esta función se deriva la necesidad de que el concepto de la acción sea lo suficientemente amplio para que comprenda todas las formas de conducta relevantes para el Derecho Penal.

Por consiguiente, si el concepto general de acción ha de estar tan lleno de contenido como para servir de sustrato material a la tipicidad y constituir el objeto de los juicios de desvalor y reproche, resulta sumamente difícil, por no decir, imposible, que pueda aunar satisfactoriamente categorías tan distintas como el actuar doloso y el culposo, el hacer y el no hacer, y, más aún, que pueda realizarlo sin anticipar momentos pertenecientes a otros elementos del delito. Si, por el contrario, se parte de un concepto de acción puramente abstracto, luego, no podrá desempeñar un papel sistemático autónomo: será una forma vacía, a rellenar por los correspondientes datos típi-

responda a) un acto de voluntad, para el segundo, trátese de la acción voluntaria final: la acción se concibe como conducta en cuanto a actividad u omisión con las que el autor persigue sus objetivos. Parece ser que los finalistas piensan que para el causalismo la acción únicamente adquiere el carácter de conducta al llegar a la culpabilidad (lo cual no es exacto, pues ello constituye un "cuasalismo puro", difícil de encontrar en el panorama penal). El concepto social de acción, conforme a Carlos Creus, en sus orígenes trató de ver la acción como "unidades de sentido social funcional que tienen que ser comprendidas según las concepciones, experiencias, costumbres de la vida social" (Erberhart Schmidt), lo cual importaba una "actualización" de la conducta desde el punto de vista de la "actualidad" de protección del bien jurídico. Pero no faltan quienes reducen el concepto a la exigencia de que la acción "trascienda a terceros", "perturbe el orden social", afecte realmente el bien jurídico, lo cual, sin dejar de ser exacto, es una interpretación demasiado pobre de las llamadas teorías sociales de la acción.

[54] Que el estudio de la teoría del delito se inicie con el concepto de acción, reafirma la adhesión del sistema a un "Derecho Penal de acción", y el consiguiente rechazo a las concepciones autoritarias que pugnaron por conformar un "Derecho Penal de autor", para profundizar más sobre este tema *cfr.* por todos Roxin, Claus. Derecho penal, parte general, tomo I, pp. 176 y ss.

cos. La exigencia genérica de una acción operará a través de las particulares acciones típicas, al señalarse, sólo indirectamente el papel, común a los restantes elementos del tipo, de circunscribir, negativamente, el ámbito de lo penalmente relevante. Pero, así concebida, la acción pierde todo valor sustantivo y el peso del sistema se apoya sobre el tipo de injusto.

De lo ya expuesto se deduce que el término acción se usa para poner de relieve el contraste entre un estado de movimiento y un estado de reposo, entre la acción y la inacción, entre la actividad y la inactividad. La acción es algo a lo que podemos prepararnos, o que podemos ejecutar, algo que puede estimularnos o que puede galvanizarnos; algo de lo que podemos ser excluidos, que puede suceder al instante, o tardar. En este sentido, la acción en *sentido estricto* sería la actividad positiva o movimiento corporal,[55] mientras que en el caso de la pasividad o falta de movimiento voluntaria sólo en *sentido amplio* y por extensión se podrá hablar de acción, e incluso podría parecer inapropiado tal concepto.[56] Pero si, como hace un sector doctrinal muy amplio, se utiliza el concepto de acción humana como modelo de obrar, de manifestarse al exterior, entonces la pasividad o inmovilidad voluntaria es una forma de manifestarse perfectamente un concepto amplio, omnicomprensivo de acción como equivalente a conducta o comportamiento humano activo o pasivo.

Lo que puede cambiar, y efectivamente cambia, es la valoración de la acción. Es factible que los derechos positivos de los distintos países valoren de diversa forma estas acciones, al decidir, por ejemplo, que la acción de abortar sea castigada o no. Es por ello que los Códigos Penales en nuestro país no son una excepción, no formulan un concepto de acción o de omisión. Señalan únicamente qué acciones u omisiones son punibles, y que constituyen, por ende, un delito. Sin embargo, sí llevan implícito un concepto de acción u omisión, cuya formulación es tarea de la doctrina.

Por ejemplo el Artículo 7º del Código Penal Federal establece: "El delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

[55] En el caso de la acción en sentido estricto (acción positiva) y de la omisión (acción negativa) la característica común consiste en que tanto la una como la otra son "comportamientos humanos"; en que la omisión al igual que la acción en sentido estricto, es "conducta exterior del hombre".

[56] Al respecto PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho penal, Porrúa, México. 1991, p. 235, señala que la acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello, que da lugar a un 'tipo de prohibición'; DAZA GÓMEZ, Carlos. Teoría general del delito, p. 92, se refiere a la acción en un sentido más amplio, entendiéndolo como un elemento común a todos los delitos.

La acción u omisión cumplen en la teoría del delito la función de elemento básico, pero no unitario, del sistema.[57] La función de elemento básico no implica, por otra parte, como se ha supuesto erróneamente por exageración del pensamiento sistemático, la necesidad de que pertenezcan a la acción u omisión todos los elementos del tipo de injusto de los delitos dolosos o culposos. La función como elemento básico queda satisfecha si el concepto de la acción u omisión permite una interpretación satisfactoria, convincente, de todos los tipos de lo injusto.[58]

Por otra parte, los Tribunales no comienzan preguntándose por la existencia de una "acción humana en sí", sino qué acción es el comportamiento que se somete a su consideración. Normalmente no se pregunta, si el sujeto realizó una acción, sino qué acción realizó. Y esto por la sencilla razón de que si la concreta acción realizada no aparece descrita en la ley penal, el proceso no se iniciará ya o, en su caso, deberá interrumpirse.

En la práctica el Juez se pregunta, en primer lugar, si el comportamiento humano tal como se somete a su consideración es una acción descrita en la ley penal y sólo después planteará, en su caso, la cuestión de si concurre una causa que anule la voluntad privándole a tal comportamiento de la condición de acción humana.

En el concepto de acción formulado cabe apreciar los elementos siguientes:

[57] Aunque algunas exposiciones sistemáticas de la estructura de la teoría del delito, sobre todo en tiempos recientes, no consideran a la acción como un elemento independiente y previo a los otros elementos del delito, sino simplemente como parte integrante del primero de dichos elementos, parece preferible la posición clásica de considerar a la acción o conducta humana como elemento autónomo, que es la base de todos los demás elementos delictivos: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, que califican y caracterizan a aquélla.

[58] Véase CEREZO MIR, José, Curso de Derecho penal español, p. 48; por su parte JAKOBS, Günther, El concepto jurídico-penal de acción, Estudios de Derecho penal, Civitas, Madrid, España. 1997, p. 101, considera que al hablar hoy de un concepto de acción, habitualmente se está hablando de una parte del concepto de injusto, más concretamente de un segmento que es común a todo tipo de injusto: ya sea el injusto de un homicidio o el de un delito de lesión o de un delito de peligro abstracto siempre es necesario que concurra una acción, al menos en el ámbito de la comisión. Siendo que últimamente, ha defendido, JAKOBS un concepto material de acción tan completo que, en realidad, representa todo el concepto de delito. Segun este autor, la acción no es ya la producción de un resultado individualmente evitable, sino, además, imputable y culpable. Como se puede ver, en este concepto de acción aparecen confundidos distintos elementos: la acción, la imputación objetiva, e incluso la culpabilidad.

a) Un comportamiento humano, esto es, un hacer positivo o un omitir del hombre.
b) Dominio efectivo de ese comportamiento o cuando menos, posibilidad de ser dominado por la voluntad humana.
c) Relevancia social,[59] es decir, que se trate de un comportamiento que relacione al hombre con el mundo que le rodea, susceptible de ser objeto de un juicio de valor según las consecuencias deseables o indeseables que provoca en la esfera social.[60]

A partir de estos requisitos, acción desde el punto de vista jurídico penal será todo comportamiento humano, susceptible de ser subsumido en un tipo penal, externo y dominado por una voluntad encaminada a la consecución de una finalidad (acción final). Este

[59] La existencia de usos sociales conforme a los cuales se valora, enjuicia y, en su caso, se aprueban o condenan determinados actos, prueba inequívocamente la posibilidad de una valoración social que no sea ya al mismo tiempo valoración jurídica. Por tanto, el descubrimiento del sentido social de los comportamientos humanos a través de las concepciones, experiencias y costumbres de la vida comunitaria no supone ya necesariamente una valoración jurídica, y, por ello mismo no tiene porque anticipar los juicios de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad.

El concepto social de acción aspira a convertirse en síntesis que permite superar la enconada polémica desencadenada entre los partidarios del concepto causal de acción y los defensores del concepto final de acción, que se inicia en la década de los años treinta y polariza la atención de la dogmática alemana desde la terminación de la Segunda Guerra Mundial. En sentido opuesto CEREZO MIR, José, Curso de Derecho penal español, p. 50, el concepto de la acción finalista, al incluir el contenido de la voluntad en la acción, permite una comprensión más correcta de lo injusto de los delitos dolosos e imprudentes, aunque en éstos el resultado causado quede fuera de la acción.

El concepto de la acción finalista y el de la omisión, así formulados, son valorativamente neutrales, en el sentido de que no prejuzgan los siguientes elementos del concepto del delito. Cumplen, asimismo, la función de elemento limitativo, pues todo movimiento corporal o toda actitud pasiva que no respondan al concepto de acción (los movimientos corporales del que sufre un ataque epiléptico, los movimientos reflejos en sentido estricto, los movimientos durante el sueño, etc.) quedan excluidos del ámbito del Derecho Penal.

[60] Sobre el concepto social de acción consúltese entre otros COBO DEL ROSAL M/T.S. VIVES ANTÓN, Derecho penal, parte general, Tirant lo Blach, Valencia, España. 1999, pp. 374-377; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, El Derecho penal español. Curso de iniciación, parte general, Civitas, Madrid, España. 1996, p. 284; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal, parte general, pp. 256 y ss.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Derecho penal, parte general, Civitas, Madrid, España. 1978; p. 220; ZAFFARONI, Eugenio, El concepto social de acción en el Derecho penal. ¿Una posición diferente frente a causalismo y finalismo?, Revista Jurídica Veracruzana , No. 1-2, enero-junio, México. 1974, pp. 5 y ss.

concepto abarca tanto la acción dolosa (la voluntad final se dirige a realizar la acción típica), como la acción culposa (la voluntad final está dirigida a la realización de un hecho distinto al típico causado, pero también es voluntaria y final).[61] La omisión consistirá en la "no realización voluntaria y final de la acción esperada por la norma".

Es cierto que la discusión que actualmente se desarrolla en el marco teórico de la imputación objetiva, es en buena medida una prolongación de la discusión relativa al concepto de acción, así como que la tipicidad presupone la creación de un peligro jurídicamente desaprobado. No lo es, en cambio, a mi juicio, que sólo hay acción cuando hay imputación objetiva. Puede haber acción, incluso punibilidad, aunque el resultado no sea concreción del peligro jurídicamente desaprobado representado por la acción del autor; sólo si el autor se mantiene dentro de un riesgo permitido se podrá afirmar la ausencia de acción.

Por consiguiente, el concepto de acción, en mi opinión, y prescindiendo de que pueda ser entendido como "fuerza causal" o como "orientación a un fin", es un concepto normativo, creado por el Derecho positivo, y por ende, no hay una "acción" abstracta, sino solamente las acciones que pueden ser incluidas en las descripciones legales.

Conforme al anterior artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales,[62] previo a su reforma en 1999, los elementos del tipo penal son los siguientes:

[61] MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo, UNAM, México. 1986, p. 248. Una acción final de homicidio no sólo existe cuando la muerte del sujeto pasivo era la meta principal de la actividad volitiva, sino también cuando sólo constituía el medio para alcanzar una meta ulterior (se mata, por ejemplo, para heredar a la víctima), o cuando era sólo la consecuencia accesoria necesaria aceptada por el autor (supuesto del incendio de una casa para cobrar el importe del seguro, y la muerte de uno de los moradores que, por ser paralítico, no puede ponerse a salvo).

[62] De conformidad con el actual artículo 168, del Código Federal de Procedimientos Penales, el cuerpo del delito se debe acreditar con la existencia de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, así como los normativos, cuando el ilícito también así lo requiere. Ahora bien, si la descripción típica contiene además elementos subjetivos específicos, es decir, distintos del dolo, deben ser acreditados por constituir elementos de la descripción típica abstracta; sin que sea obstáculo para concluir lo anterior, la circunstancia de que, conforme al artículo 134, del Código Federal de Procedimientos Penales, el acreditamiento pleno del elemento subjetivo específico, cuando la descripción típica lo requiere, es materia de la sentencia definitiva, pues como un principio de seguridad jurídica, dichos elementos deben demostrarse desde el momento en que se dicta el auto de formal prisión, ya que de no estar acreditados, la conducta no se adecúa a la descripción normativa abstracta; por ende, a fin de respetar la

a) la existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
b) la forma de intervención de los sujetos activos; y
c) la realización dolosa o culposa de la acción u omisión

Elementos que son comunes a todo tipo penal y, sólo algunos particulares, además exigen:

a) calidades en el sujeto activo y pasivo;
b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión;
c) el objeto material;
d) los medios utilizados;
e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;
f) los elementos normativos;
g) los elementos subjetivos específicos; y,
h) las demás circunstancias que la ley prevea.

1. Acción y consumación. Característica temporal. Determinar del tiempo de la acción es importante para la resolución de los supuestos en que el resultado se produce en un momento posterior a la acción o en los casos en que la manifestación de voluntad comprende una serie o pluralidad de actos. Además, trasciende a la hora de la deter-

garantía de legalidad y de seguridad jurídica que contempla el diverso numeral 19, tercer párrafo, de nuestra Carta Magna, que establece la obligación de que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión, deben ser acreditados; más aun, tal señalamiento debe quedar acreditado desde el dictado de la orden de aprehensión, pues de lo contrario, en caso de no estar acreditados, la conducta no se adecua a la descripción normativa abstracta y, con ello, se incumpliría con las garantías de legalidad y seguridad jurídica que contempla el diverso numeral 16, párrafo segundo, de nuestra Carta Magna, que establece que para dictar la orden de aprehensión deben existir datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

En el mismo tenor, el precepto 163 del Código Federal de Procedimientos Penales, prevé que el auto se dictará por el delito que realmente aparezca comprobado, en consideración sólo de los hechos materia de la consignación y la descripción típica legal, aun cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores, tal como el ejercicio de la acción penal y, en su caso, la orden de aprehensión; luego, es incontrovertible jurídicamente que constituye un requisito *sine qua non*, el acreditamiento del delito por el que se seguirá el proceso; ello es así, para determinar con precisión la materia del procedimiento siguiente: la instrucción; congruentes con lo anterior, deberá hacerse un minucioso análisis de los hechos consignados, para el efecto de establecer el tipo penal que actualizan, a través del correspondiente estudio del cuerpo del delito.

minación de la Ley penal en el tiempo (por ejemplo, en los casos de modificación legislativa).

Por su consumación, los delitos son:[68]

I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;
II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo; y
III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

Debe estimarse por tiempo de comisión de ejecución de la omisión en el momento en que debía realizarse la acción esperada o en el del resultado no impedido.

Por lo que se refiere a la pluralidad de partícipes, el autor mediato realiza la acción en el momento en que se inicia la situación instrumental; autor y cómplice, al realizar la primera aportación al último hecho.

Con relación a los delitos continuados, la acción se entiende desde el primero al último hecho, al paso que en los delitos permanentes el tiempo se entiende desde que se inicia su actuación antijurídica.

A este respecto, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado en los términos siguientes:

> **"DELITO INSTANTÁNEO Y DELITO CONTINUO. DIFERENCIA ENTRE AMBOS.** Una distinción entre el delito instantáneo y el continuado se funda en que el primero se consuma en un sólo acto, agotando el tipo, mientras el segundo supone un estado, o sea una acción consumativa del delito, que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo."

Para evitar la confusión entre delito continuo y continuado, la jurisprudencia ha establecido, en el tomo 139-144, Sexta Parte de la Séptima Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, visible en la página 57, bajo la rubrica y texto siguiente:

> **"DELITO CONTINUADO Y DELITO CONTINUO O PERMANENTE. DIFERENCIAS.** Es menester precisar que la figura del delito continuado no está recibida en el Código Penal del Distrito Federal, que tan sólo alude al delito continuo en su artículo 19, mismo que

[68] Artículo 7 del Código Penal Federal.

al ser definido por dicho precepto en su segundo párrafo, se integra, como bien advierte Castellanos Tena, con los elementos que la doctrina señala al permanente. En efecto, dice dicho párrafo: «Se considera, para los efectos legales, delito continuo aquél en que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituye», y tal es por ejemplo el caso de los delitos de privación ilegal de la libertad. En cambio en el delito continuado, que es bien distinto, las acciones o las omisiones no se prolongan sin interrupción, sino que hay una discontinuidad en su ejecución y en sí, cada una de ellas, completan y constituyen un delito perfecto y autónomo, y como señala Pavón Vasconcelos: «una violación perfecta a la norma penal». Por lo tanto, en el caso de autos, debe concluirse que las diversas disposiciones indebidas que en distintas épocas pudiera haber ejecutado el quejoso en los bienes de la empresa ofendida, son otros tantos hechos autónomos y sin que incluso pueda decirse delitos autónomos, pues obviamente las disposiciones a que se refiere el quejoso y que se dice ocurrieron en mayo de mil novecientos setenta y seis, no pueden ser objeto de calificación penal alguna porque no hubo ninguna acusación o querella respecto de las mismas, ni por ende ejercicio de la acción penal, ya que la querella se contrajo a las disposiciones de quinientos cuarenta y cinco mil novecientos catorce pesos con veintiún centavos, realizadas del diez al diecisiete de julio de mil novecientos setenta y siete, claro está que entre la fecha de consumación y conocimiento de ellas por el ofendido y la querella presentada (agosto de 1977) no transcurrió el año a que se refiere el párrafo inicial del artículo 107 del Código Penal. El desacierto, pues, de las consideraciones de agravio invocadas por el ahora recurrente y del auto dictado por el Juez de la causa, consiste en haber iniciado el cómputo del término para la prescripción, respecto de hechos que no fueron objeto de acusación ni de ejercicio de la acción penal y en estimar que en el caso se está en presencia de un sólo e inescindible delito al que la doctrina denomina «continuado» y el que, como ya vimos, no está comprendido en el Código Penal aplicable."

2. Lugar de la acción. Por su parte, el lugar de la acción presenta importancia en la determinación de la aplicación de la ley penal en el espacio, es decir, para determinar la competencia de los órganos encargados de la investigación y el enjuiciamiento de los ilícitos.

Cuando el lugar de la acción y el del resultado son diferentes, se ha intentado resolver el lugar en que el delito se entiende cometido atendiendo al tiempo en que la acción se realiza o en el que el resultado se manifiesta; o bien, conforme al principio de ubicuidad, que estima la comisión tanto en el lugar de la acción como en el resultado.

3. Ausencia de acción. El concepto de acción, debe proporcionar el criterio para excluir de antemano lo que no interesa al Derecho Penal, con independencia de la configuración cambiante de los tipos: así, meros pensamientos internos, sucesos causados por animales, actos de las personas jurídicas, ataques convulsivos, etc.[64] Sirve así la acción como elemento límite, desempeñando una función negativa o función de delimitación. Además, si la acción es el primer elemento de la tipicidad, su ausencia conlleva la "atipicidad" y, por tanto, exime de seguir investigando acerca de los restantes elementos tanto del tipo como del delito.

Como causas o supuestos de ausencia de acción, la doctrina suele analizar aquellos actos del hombre que no reúnen los caracteres de voluntad final, distinguiendo tres supuestos: la fuerza irresistible, inconsciencia y los movimientos reflejos.

a. Fuerza irresistible

El artículo 15, fracción I, del Código Penal Federal, la consagra expresamente como eximente, al declarar que se excluye el delito

[64] Véase las jurisprudencias:

"EXCLUYENTES. Las excluyentes de responsabilidad (y por ende la legítima defensa), no deben presumirse, y sólo operan en favor de un encausado cuando se hallen fehacientemente demostradas, salvo los casos de presunciones legales que en materia de defensa legítima establece la propia ley". Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito. Amparo directo 120/90. Juan Gómez Martínez. 17 de abril de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Octava Época Instancia: Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: XIV, Julio de 1994, Página: 586

"APREHENSIÓN, ORDEN DE. EXAMEN DE CAUSAS EXCLUYENTES DE INCRIMINACIÓN, PUEDE Y DEBE EFECTUARSE PARA DETERMINAR SI PROCEDE LIBRARLA. El artículo 16 de la Carta Magna establece que no podrá librarse orden de aprehensión sino por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y si en algún caso las constancias revelan que en la conducta desplegada por el inculpado concurrió alguna causa excluyente de incriminación, es obvio que, entonces, el juez de la causa penal está obligado a examinar sobre dicha circunstancia, pues ésta afecta al hecho perseguido por el Ministerio Público y las causas que excluyen la responsabilidad penal significan que la conducta desplegada por el indiciado no es culpable o antijurídica o punible, de modo que si aquella conducta así calificada no encuadra un hecho que la ley castiga con pena corporal, por faltarle alguno de los elementos esenciales del delito, no procede constitucionalmente el libramiento de la orden de aprehensión, por lo que no resulta acertado que tal examen deba diferirse hasta el momento en que resuelva la situación jurídica del inculpado en la dilación constitucional de setenta y dos horas, y menos hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva."

cuando: "el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente".[65]

No puede considerarse voluntaria aquella conducta que es consecuencia de la presión ejercida por una fuerza material irresistible —fuerzas naturales, golpes de animales, o incluso movimientos involuntarios de otras personas, que actúa directamente o al manejar máquinas, que pueden forzar movimientos activos de una persona, como su caída sobre otra o sobre un objeto u otros golpes, incluso desplazamientos de su cuerpo o extremidades— pero es mucho más raro que la fuerza física procedente de otra persona y empleada dolosamente al efecto obligue a otro a realizar un movimiento corporal de carácter lesivo, tal y como lo manifiesta la jurisprudencia 883, publicada en la página 563, Tomo II, Parte HO del Apéndice de 1995, correspondiente a la Sexta Época, bajo el rubro:

> "**FUERZA FÍSICA EXTERIOR IRRESISTIBLE, EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD DE.** La excluyente de responsabilidad de fuerza física exterior irresistible, requiere para su procedencia que se ejerza violencia en la persona del acusado y que éste involuntariamente sólo sirva de instrumento en la producción del daño".

En cambio, será más frecuente que la fuerza, natural o humana, como un golpe en la cabeza que deje inconsciente o el atar, esposar o encadenar a otro, provoque la inmovilidad —involutaria— del sujeto pasivo y con ello la exención en supuestos que de otro modo constituirían delitos de omisión propia o impropia.

Los casos que se pueden dar como ejemplo, son todos aquellos en los cuales la persona es usada como instrumento de otro, sin que su voluntad tenga relevancia alguna (quien pretende romper algo y, para ello, utiliza el cuerpo de otro con un empujón).[66] En los delitos

[65] *Cfr.* CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Derecho penal mexicano, parte general, pp. 372 y 373. El legislador de 1931 reprodujo conceptualmente el texto de la excluyente tomándola de los anteriores códigos (arts. 34, fr. IX, del Código penal de 1871 y 45, *fr.* IV, del Código penal de 1929), si bien agregando a la anterior redacción la calificativa "exterior" aplicada a la fuerza física, con la mira de evitar toda confusión con la fuerza moral que, aunque, partiendo también de afuera, se desarrolla mayormente en la psique del sujeto, y por ello no debe ser tenida propiamente como exterior. El proyecto de 1949 vuelve a la redacción tradicional.

[66] De tal situación se encuentra la tesis:

"**FUERZA FÍSICA EXTERIOR IRRESISTIBLE COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA).** Para que proceda la excluyente de responsabilidad criminal prevista por el artículo 14, fracción I, del Código Penal del Estado de Tlaxcala, consistente en que el activo obre bajo el impulso de una fuerza física exterior irresistible,

de omisión, en donde quizá se puede pensar mejor el tema, el caso de quien deba realizar una acción y es atado por otro, y a causa de ello se produce la muerte de alguna persona.

Es obvio que, en estos casos, no se puede imputar objetiva ni subjetivamente el resultado al sujeto que, en términos de acción final, no actúa, sino a quien verdaderamente realizó la acción.

En este ámbito, se plantean dos casos: la *vis absoluta* y la *vis maior*.

En el supuesto de la *vis absoluta*, se excluye la acción o la capacidad concreta de acción que es un elemento esencial del concepto de omisión por falta de voluntad.[67] E implícitamente puede deducirse del artículo 15, fracción I, del Código Penal Federal que excluye del concepto de delito las acciones y omisiones que no sean ni dolosas ni culposas.

Para que ello sea así, la fuerza ha de ser absoluta, de tal forma que no deje ninguna opción a quien la sufre. Si la fuerza no es absoluta, es decir, si el que la sufre puede resistirla o por lo menos tiene esa posibilidad, la acción no puede quedar excluida.

En la práctica, la fuerza irresistible carece de importancia, salvo raras hipótesis, en los delitos de acción; pero es importante en los delitos de omisión. La consecuencia principal de la apreciación de esta eximente es que el que violenta, al emplear fuerza irresistible contra un tercero, responde como autor del delito cometido y el que actúe u omita violentado por la fuerza irresistible, no sólo no responde, sino que su actuación u omisión es irrelevante penalmente.

En el caso de la *vis maior*, que implica la fuerza de la naturaleza, cuando un sujeto comete un delito a causa de una fuerza mayor, no existe voluntad por parte del supuesto agente, ni conducta propiamente dicha; de ahí que la ley penal no lo considere responsable. Por ejemplo, en un terremoto, alguien, impulsado por un movimiento brusco de la tierra, lanza al vacío a una persona que tiene cerca.

es menester que se compruebe la existencia de una fuerza material, no moral, sino violenta de hecho; que la fuerza sea exterior, es decir, provocada físicamente de fuera del sujeto que la sufre e irresistible para él, al grado de que supere su propia resistencia, incapacitándolo para autodeterminar su conducta y para actuar con autonomía."

Octava Época Instancia: Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: XIV, Julio de 1994 Página: 598.

Amparo en revisión 310/93. Gerardo Hernández Huescas. 13 de julio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

[67] En el mismo sentido, AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda, Derecho penal..., p. 53; Fontecilla, Rafael. Fuerza moral irresistible y miedo insuperable en el caso de Juana Catrilaf, Revista Mexicana de Derecho penal, cuarta época, No. 1, México. 1971, pp. 30-33; por su parte MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho penal mexicano, p. 382, refiere que la *vis absoluta* se excluye por falta de conciencia, y, por lo mismo no hay una conducta suya que puede ser valorada como delito pos ausencia de conducta típica.

b. *Movimientos reflejos*

Por movimientos reflejos se entiende aquel proceso en el que el impulso externo actúa por vía subcortical, periférica, pasa directamente de un centro sensorio a un centro motor.[68] Todo ello, sin intervención primaria de la conciencia que, a lo sumo, aprehenderá al fenómeno con posterioridad.[69]

Ejemplos de los movimientos reflejos serían, los vómitos, calambres y espasmos, el cerrar el ojo ante la aproximación de un objeto, la momentánea paralización o movimiento primario producido por una picadura de un insecto o el contacto con una corriente eléctrica.

Los movimientos reflejos, tales como las convulsiones epilépticas o los movimientos instintivos de defensa, no constituyen acción, ya que el movimiento no está en estos casos controlado por la voluntad. El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que lo transmiten, sin intervención de la voluntad directamente a los centros motores. Desde el punto de vista penal no actúa quien en una convulsión epiléptica deja caer un valioso jarrón que tenía en ese momento en la mano o quien aparta la mano de una placa al rojo vivo y rompe con ello un valioso objeto de cristal, aunque, como veremos después, en este caso el hecho debe ser valorado globalmente como parte de una acción.

Distintos de los movimientos reflejos son los *actos en "cortocircuito"*, las reacciones impulsivas o explosivas, en las que la voluntad participa, así sea fugazmente, y que, por ello, no excluyen la acción.[70]

[68] En el mismo sentido véase AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda, Derecho penal, p. 54.

[69] Véase ESTEBAN RIGHI/Alberto A. FERNÁNDEZ, Derecho penal. La Ley. El delito. El proceso y la pena, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina. 1996, p. 137, el resultado producido no es consecuencia del psiquismo del autor, pues no fue intelectiva y volitivamente realizado. Así por ejemplo, los daños causados por el movimiento corporal generado por un estornudo o por las convulsiones de un epiléptico. Este tipo de acciones pueden requerir una investigación tendiente a establecer la imputabilidad o culpabilidad del autor, pero no son casos de exclusión de la acción. También aquí debe diferenciarse entre supuestos de que la voluntad no existe (falta de acción), y casos en que está perturbada (hay acción).

[70] *Cfr.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Sobre los "movimientos reflejos", "actos en cortocircuito" y "reacciones automatizadas", Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo, Bosch, Barcelona, España. 1992, pp. 22-23, quien explica, que las reacciones primitivas, pese a revestir en su totalidad las características señaladas, no constituyen un todo unitario. Al contrario, en su seno hay que distinguir, por lo menos, entre reacciones explosivas y actos en cortocircuitos. La diferencia básica entre unas y otros puede exponerse de modo muy simple. En lo fundamental hay

Un caso de este tipo sería el del atracador que, nervioso, aprieta instintivamente el gatillo al observar un gesto equívoco de huida o defensa en el empleado del banco.

4. La incapacidad de acción de las personas jurídicas. La cuestión más importante que se plantea en esta tesitura, es la de determinar si las personas jurídicas pueden realizar, como sujetos activos, algunos o todos los tipos penales del Código Penal Federal. En este sentido, en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio *societas delinquere non potest*, según el cual, sólo pueden ser sujetos activos de un delito las personas físicas (artículo 10 del Código Penal Federal), aun cuando la controversia sobre su vigencia y utilidad es cada vez mayor en la doctrina, que advierte cómo muchos de los modernos tipos penales del Derecho Penal económico pueden y suelen ser realizados por o a través de personas jurídicas. Delitos contra la hacienda pública o el medio ambiente o contra los derechos de los trabajadores, suelen ser realizados, en unos mercados cada vez más complejos y con mayor acumulación de capital, sobre todo por empresas que revisten la forma de sociedades, en las que la toma de decisiones queda desvanecida no sólo por la estructura orgánica de la propia sociedad, sino también porque la titularidad de las mismas puede corresponder a su vez a otras personas jurídicas, de forma que se crean "redes" de sociedades que se entremezclan e impiden detectar quién es, en última instancia, la persona física que realmente adopta las decisiones delictivas.

Las personas jurídicas son titulares de bienes jurídicos (patrimonio, vida) que podrían verse anulados o disminuidos por la pena (disolución, suspensión, multa). El reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas parece aconsejable desde el punto de vista político criminal por la importancia que tienen en la vida moderna y por la posibilidad, ineludible, de que se cometan delitos en virtud de acuerdos de sus órganos de gobierno,[71] en función de

que señalar que mientras que las acciones en cortocircuito muestran una naturaleza más complicada. En definitiva, pues, los actos en cortocircuito suelen ser acciones complicadas en el sentido de que la acción, junto con el impulso pasional, constituye un todo ordenado y con sentido. Tales actos, si bien no pueden ser conducidos, frenados o controlados por las capas altas de la personalidad, ni por consideraciones racionales o representaciones emocionales contrarías, se hallan en un marco general de personalidad. De modo que un acto en cortocircuito sin historial previo de tensiones será más difícilmente encuadrable entre los "Affektten" (hecho pasional) en orden de examinar la presencia o ausencia de imputabilidad en el mismo. Pero no por ello dejará de ser un acto en cortocircuito, distinguido claramente, por su mayor complejidad y adecuación a fin, de las reacciones explosivas.

[71] Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en virtud de los acuerdos de sus órganos de gobierno en una empresa, consúltese GARCÍA CAVERO, Percy.

sus intereses o con medios suministrados por ellas.[72] En la doctrina moderna se considera que las personas jurídicas no son una mera ficción, sino que tienen una realidad propia, pero distinta a la de las personas físicas. La persona jurídica no tiene conciencia y voluntad en sentido psicológico y, por tanto, similar a la de la persona física.[73]

La responsabilidad penal por los delitos cometidos desde la empresa no considera a la organización como poseedora de un rol jurídico penalmente relevante. Por tanto, las expectativas normativas que conforman el rol de la empresa ya no se imputan a ésta, sino que entran a formar parte del rol (general o especial) de sus órganos. En este sentido, la determinación de los destinatarios de la norma y el contenido de la expectativa normativa dependen del rol que la forma de estructuración de los tipos penales atribuye a los órganos de la empresa.[74] Así, en los delitos de dominio se exige del sujeto que se

Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación, Bosch, Barcelona, España, 1999, pp. 85-98 y 100-108. Los criterios de imputación de responsabilidad tradicionales no pueden operar con éxito en la complejas estructuras empresariales. Justamente el error está en haber pretendido aplicarlos sin tener en cuenta la mecánica de funcionamiento de la unidad empresarial. En este sentido, es fundamental recordar que, los sujetos individuales no son quienes forman parte de la estructura de la empresa, sino sus actuaciones (comunicaciones), en cuanto expresión de un rol interno de la empresa. Si la responsabilidad penal recae sobre los sujetos individuales que participan en el desarrollo interno de la empresa, la imputación de responsabilidad no ha de hacerse con base en la perspectiva holística de considerar a los órganos de la empresa partes de la organización, sino en función de reconocer que los sujetos individuales y el sistema empresarial son sistemas diferenciados que se encuentran relacionados por un vínculo intersistémico: el rol.

[72] *Cfr.* CEREZO MIR, José, Curso de Derecho penal español, p. 69; MIR PUIG, Santiago, Derecho penal, parte general, PPU, Barcelona, España. 1996, p. 175.

[73] En particular consúltese BACIGALUPO, Silvina, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Bosch, Barcelona, España, 1998, pp. 110 y ss.

[74] En sentido contrario GRACIA MARTÍN, Luis, La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, Actualidad Penal, No. 39, España. 1993, pp. 602 y ss., considera que las personas jurídicas carecen de capacidad de acción en todos los sectores del ordenamiento jurídico y no pueden, por tanto, ser destinatarios de normas de determinación, cometer infracciones, ni se les puede imponer sanciones, en sentido estricto. Las personas jurídicas sólo pueden ser destinatarias de normas de valoración, de distribución de bienes y de riesgos. Postula por ello, la aplicación a las personas jurídicas consecuencias de carácter civil (reparación del daño, indemnización de perjuicios y privación de las ganancias obtenidas a consecuencia de un hecho ilícito), de medidas preventivas de carácter asegurativo, con base en la peligrosidad objetiva de la persona jurídica (cierre de locales y establecimientos, prohibición o suspensión de actividades, decomiso de los instrumentos, cauciones) y de medidas de carácter coercitivo (para motivar a las personas físicas que rigen a las personas jurídicas) para la adopción de medidas organizativas y de control interno con el fin de evitar hechos lesivos.

encuentra en la estructura empresarial una obligación general de no lesionar a los demás (rol general), mientras que en los delitos de infracción de deber se exige el cumplimiento de deberes específicos con base en un rol especial.[75]

La persona jurídica carece, por ello, de capacidad de acción o de omisión en el sentido del Derecho Penal.[76] Al carecer las personas jurídicas de capacidad de acción y de omisión, no es posible aplicarles tampoco medidas de seguridad pertenecientes al Derecho Penal, porque la aplicación de éstas exige la realización de una acción u omisión típica y antijurídica; sólo será posible aplicarles medidas de seguridad de carácter administrativo, por ello no se incluyen, acertadamente, en el Título Segundo, Capítulo I "De las penas y medidas de seguridad", del Libro Primero del Código Penal Federal.[77]

Con lo anterior descrito, podemos entender lo complejo que resulta para el Derecho Penal el responsabilizar a las personas jurídicas; el Derecho Penal trata de responsabilizar a las personas físicas casi exclusivamente, pues la sanción en todo caso debe recaer en una persona física y no en una persona jurídica.[78] Pero para evitar contradicciones con el principio de irresponsabilidad penal de las personas

[75] *Cfr.* GARCÍA CAVERO, Percy, Responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación, p. 84.

[76] En el mismo sentido CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho penal, p. 203.

[77] Sin embargo, desde el Código Penal Federal de 1929, tomándose como modelo el Código Penal Español de 1928, se introdujo la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas. El texto de dicho artículo fue reproducido posteriormente por el legislador de 1931. Esta postura tuvo su origen en el Segundo Congreso Internacional de Derecho penal, celebrado en Bucarest, evento en el cual se estableció la posibilidad de responsabilizar penalmente a la persona jurídica y, posteriormente, en 1953, a raíz del Congreso Internacional de Derecho Económico, celebrado en Roma, Italia, se admitió la posibilidad de imponer sanciones penales a las personas jurídicas.

Por lo que corresponde a los Códigos penales de nuestro ordenamiento, la mayoría establecen la posibilidad de aplicarles consecuencias jurídicas (tal es el caso del Estado de Zacatecas), sin embargo, algunos las consideran con el carácter de sanciones (los Estados de Colima, Durango, Guanajuato, Guerrero, Michoacán, Nuevo León, Oaxaca, Quintana Roo, Sonora, Tamaulipas, Veracruz y Yucatán), en tanto para otros son las medidas de seguridad (Aguascalientes, Baja California, Campeche, Chiapas, Coahuila, Chihuahua, Hidalgo, Morelos, Nayarit, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa y Tabasco).

En los Estados de Baja California Sur, México y Jalisco, sus Códigos penales no contemplan la posibilidad de aplicar consecuencias penales a las personas jurídicas.

[78] Al respecto véase el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Semanario Judicial de la Federación, séptima época, vols. 151-156, 2ª, parte, Primera Sala. Amparo directo 1042/81, 30 de septiembre de 1981. unanimidad de cuatro votos, p. 74.

jurídicas, se propone, ante todo, castigar a las personas físicas individuales que cometen realmente tales abusos, sin perjuicio de las medidas civiles o administrativas que proceda aplicar a la persona jurídica como tal.

No hay, pues, en principio, inconveniente legal alguno de revisar la tesis tradicional y reinterpretar el Derecho positivo en un sentido más favorable a la exigencia de responsabilidad penal también a las personas jurídicas, aún dentro del respeto más escrupuloso a la actual regulación vigente.

5. Acción y resultado. La acción humana de la que hemos hablado hasta ahora, en cuanto implica un movimiento corporal, es una fuerza física o mecánica. Como tal, determina necesariamente modificaciones en el mundo exterior, las cuales, según el conocido postulado de la indestructibilidad de la materia, no son sino cambios de la materia misma.[79]

Las consecuencias o efectos de la acción son muy numerosos porque cada uno de ellos, al ser a su vez fuerza o energía, es decir, materia sometida a las leyes del movimiento, lleva consigo otras modificaciones del mundo exterior, otros efectos.[80]

Consideremos, por ejemplo, la hipótesis de la acción de un homicida. El efecto que principalmente salta a nuestra consideración es sin duda la muerte de un hombre; pero además de esto ¡cuántos otros efectos no determina la acción! La muerte de una persona trae muchas consecuencias para varios grupos de individuos: para los parientes de la víctima, para los que estaban en relación con él y cada una de estas consecuencias determina a su vez otras más.

Sin embargo, la principal preocupación en la doctrina, y, por supuesto en la jurisprudencia, consiste en determinar los presupuestos que deben concurrir para que se pueda afirmar que un determinado resultado es consecuencia de la acción, como se aclara en los siguientes criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

"**NEXO DE CAUSALIDAD.** Un hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada, sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la *conditio sine qua non* de la equivalencia de las condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce, por lo cual basta suponer hipotéticamente suprimida la actividad del sentenciado para comprobar la existencia del nexo de causalidad".

"**HOMICIDIO. RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y EFECTO.** Si los disparos efectuados por los acusados causaron la caída del sujeto pasivo, provocándose el traumatismo cráneo encefálico que le ocasionó la muerte, poco interesa que los proyectiles no causaran una lesión mortal, si debido a los impactos, hicieron caer a la víctima por perder el equilibrio, como si personalmente los inculpados lo hubiesen empujado y golpeado en el cráneo, puesto que de no haber recibido tales disparos no se hubiera caído ni producido el traumatismo; de aquí que se establezca eficiente relación de causalidad entre la conducta y el resultado".

"**RESPONSABILIDAD PENAL Y CAUSALIDAD.** Para declarar penalmente responsable al acusado, es necesario que se acredite el nexo de causalidad entre la conducta ilícita que se le imputa y el resultado dañoso producido."

"**RESPONSABILIDAD PENAL.** Para declarar penalmente responsable al acusado es necesario que se acredite el nexo de causalidad entre la conducta ilícita que se le imputa y el resultado dañoso producido".

Ambas interrogantes: causalidad y acción, deben responder metodológicamente en momentos diferentes: primero el efecto natural de la acción, que es requisito esencial del delito, el efecto que es exigido para la perfección jurídica del delito, sin duda se distingue de muchos otros que la acción determina y tiene valor especial para la ley. Sin embargo, no sólo interesa al Derecho tal efecto. Existen también efectos que constituyen las circunstancias de orden penal cuando se verifican. También estos efectos, por consiguiente, deben

[79] Como principales características típicas, ya desde la concepción del delito de VON LISZT, en primer lugar aparece la trilogía: acción, resultado y relación de causalidad. Tanto la acción como el resultado se consideran elementos del tipo objetivo.

[80] Las relaciones causales no se establecen sólo mediante la observación de regularidades, sino que precisan de experimentos. Este nuevo modo de concebir la causalidad, ligándola con la acción, se halla mucho más próximo al sentido común.

Pues hasta tal punto la idea de acción ha determinado la de causa que constituye el núcleo de lo que se ha llamado "la noción central" de la idea de causa del sentido común: "La experiencia común nos dice que, dejadas a ellas mismas, las cosas que nosotros manipulamos, puesto que tienen un modo natural o característico de comportarse, persistirían en estados o exhibirían cambios distintos de los que hemos aprendido a producir en ellas por nuestra manipulación. La noción de que causa es algo que interfiere con, o interviene en el curso de los acontecimientos que normalmente tendrían lugar es central para el concepto de causa del sentido común".

ser comprendidos en el concepto de resultado, el cual, para corresponder a las exigencias del Derecho, debe abarcar indistintamente todos los efectos de la acción que de cualquier modo son tomados en consideración por la ley. La primera cuestión se resuelve en el ámbito del tipo objetivo, la segunda en la teoría de la autoría y participación, atendible el criterio sustentado en la tesis jurisprudencial aislada visible en la página 352, de la Octava Época del Semanario Judicial de la Federación. En su Tomo IV Segunda Parte-1, que establece:

> "**PARTICIPACIÓN DELICTUOSA, EXISTENCIA DE LA.** El artículo 13 del Código Penal Federal amplía la base típica del delito a todas aquellas conductas accesorias a que hace referencia, extendiendo la tipicidad hasta los últimos límites de la causalidad, al encuadrar dentro de su estructura acciones tales como el acuerdo y preparación del hecho criminoso; este dispositivo legal no exige del partícipe su intervención directa en la fase ejecutiva del evento lesivo, puesto que entonces se daría la figura de la coautoría material, sino únicamente que de manera consciente se realice una de las acciones enunciadas por la norma invocada con objeto de que se actualice el resultado dañoso".

El resultado, es el efecto natural de la acción "relevante" para el Derecho Penal. En cuanto es efecto natural de la acción, el resultado es necesariamente una modificación del mundo exterior.[81]

Ahora bien, en los delitos de resultado, el tipo objetivo suele describir un resultado cuya producción el legislador pretende evitar, de forma que la norma de conducta pueda motivar al sujeto receptor a evitar realizar cualquier comportamiento que pueda conducir a la producción de dicho resultado. Es decir, la norma penal no prohíbe resultados, sino comportamientos que conlleven el riesgo de producir tal resultado, porque sólo así puede cumplir la función de motivación atribuida a la tipicidad.

Existen además otras consecuencias que se derivan de la distinción entre acción y resultado. Así, por ejemplo, puede que el resultado no se produzca y que la acción sólo sea punible a título de tentativa. En los delitos de peligro concreto, la acción peligrosa se castiga cuando se haya puesto en concreto peligro el respectivo bien jurídico. En el delito culposo sólo se castiga la acción culposa si produce un resultado lesivo, etcétera. La importancia de diferenciar entre acción y resultado se pone de manifiesto también a la hora de determinar la

[81] En el mismo sentido PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, La causalidad en el delito, México, Porrúa, 1993, p. 53.

antijuridicidad del hecho, al distinguirse entre desvalor de acción y desvalor de resultado.

La moderna teoría del conocimiento considera, frente a KANT, a la causalidad como un fenómeno empírico y que obedece a determinadas leyes, pero por regla general evita conceptos de "causa" "efecto" y entiende la causalidad como predecibilidad o explicabilidad de acontecimientos sucesivos. Es decir, hasta ahora no hemos logrado aclarar qué es lo que "opera" en la causalidad y cómo sucede. Sin embargo, ese uso habitual del lenguaje es inofensivo para la aplicación práctica del Derecho, sustancialmente cuando cualquier juez sabe que él no tiene que verificar la "fuerza operativa" mesurable, sino sólo la conformidad a leyes, para cuya comprobación depende de los conocimientos teóricos de las ciencias naturales.

En razón a lo anterior, es posible aplicar los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación siguientes:

> "**EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE. SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA.** La interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República".

> "**APLICACIÓN EXACTA DE LA LEY PENAL, GARANTÍA DE LA, EN RELACIÓN AL DELITO DE VIOLACIÓN A LA SUSPENSIÓN.** El artículo 206 de la Ley de Amparo, al establecer el tipo del delito de desobediencia al auto de suspensión debidamente notificado y hacer la remisión, para efectos de sanción, al de abuso de autoridad previsto por el artículo 215 del Código Penal Federal, no es violatorio de la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, ya que los principios *nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege*, en que descansa dicha garantía, se refieren a que un hecho que no esté tipificado en la ley como delito, no puede conducir a la

imposición de una pena, porque a todo hecho relacionado en la ley como delito debe preverse expresamente la pena que le corresponda, en caso de su comisión. Tales principios son respetados en los preceptos mencionados, al describir, el primero de ellos, el tipo penal respectivo, y el segundo, en los párrafos penúltimo y último, la sanción que ha de aplicarse a quien realice la conducta tipificada. Así, la imposición por analogía de una pena, que implica también por analogía la aplicación de una norma que contiene una determinada sanción, a un caso que no está expresamente castigado por ésta, que es lo que proscribe el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, no se surte en las normas impugnadas".

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, sólo es factible hablar de relación causal y, en consecuencia, de causalidad en los delitos de acción que producen un resultado material; en los ilícitos de comisión por omisión no hay causalidad material entre la conducta omisiva y el resultado, pero sí imputación objetiva de éste a la omisión conforme a criterios estrictamente normativos.

Pero la constatación de la relación de causalidad no es suficiente para imputar el resultado a su autor, sólo es el primer paso, el cual, una vez comprobado, abrirá las puertas al juicio normativo de la imputación objetiva.

6. Relación de causalidad e imputación objetiva. La situación de la causalidad[82] sólo puede plantearse una vez que se haya determinado que la actuación de voluntad del autor se ha mantenido dentro del marco descrito por el tipo respectivo.[83]

---

[82] En palabras de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Editorial centro de estudios Ramón Areces, Madrid, España. 1990, p. 19, quien considera desde un punto de vista histórico, el problema causal aparece como consecuencia de la siguiente reflexión: para poder analizar mejor el hecho que ha producido la lesión de un bien jurídico, es conveniente examinar por separado dos cuestiones de distinta índole: la primera cuestión se ocupa del lazo material, de la influencia objetiva, en una palabra: de la causalidad de una acción sobre el resultado típico; pero la existencia de una relación causal entre la acción y el resultado no basta para hacer responsable por éste al autor: es preciso además —y éste es el contenido de la segunda cuestión—, que se haya obrado culpablemente.

[83] Al respecto DONNA, Edgardo, Teoría del delito y de la pena, 2, imputación delictiva, Astrea, Buenos Aires, Argentina. 1995, pp. 29 y 30, refiere que dentro del tipo penal, se encuentra la relación causal, como la manifestación de la voluntad del autor. Siendo para Donna, de suma importancia, ya que no cualquier curso causal puede tener relevancia a los efectos penales, sino sólo aquel que aparece creado por la voluntad humana. Sin embargo, aun cuando no exista relación causal, ello no significa que la acción no tenga relevancia penal. Ello, basada en el desvalor de la acción, se puede entender la tentativa y la participación frustrada.

En los delitos de resultado, en los que el tipo requiere un resultado como efecto separable de la acción (no así, por tanto, en los de mera actividad) se plantea el problema de si la lesión o puesta en peligro del bien jurídico puede ser imputada al autor como obra suya (imputación objetiva o imputación al tipo objetivo). Como presupuesto de esa imputación, debe comprobarse primeramente si el autor ha *causado* el resultado, problemática que sólo se plantea en los delitos comisivos, lo que permite deducir que la causalidad no es condición indispensable de la imputación del resultado en los delitos de omisión impropia, porque la omisión no causa nada.

Así, por ejemplo, cuando el artículo 302 del Código Penal Federal prevé una pena para el que prive de la vida a otro, lo único evidente es el establecimiento de una pauta de conducta —norma de conducta— que exige al sujeto receptor que se abstenga de realizar conductas que puedan producir un resultado consistente en la muerte de otra persona, tal y como lo encontramos en la tesis, bajo el rubro y contenido transcritos a continuación:

"**HOMICIDIO. TEORÍA DE LA CONDITIO SINE QUA NON O DE EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).** El Código Penal para el Estado de Veracruz anterior al vigente contenía las siguientes disposiciones: «230.- Para la imposición de las sanciones que correspondan al delito de homicidio, se tendrá como mortal una lesión si concurren las siguientes circunstancias: I. Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, a alguna de sus consecuencias inmediatas o a alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios; y II. Que la muerte del ofendido ocurra dentro de los sesenta días siguientes al en que fue lesionado». «231.- Siempre que concurran las circunstancias señaladas en el artículo anterior, se tomará como mortal una lesión, aunque se pruebe: I. Que se habría evitado la muerte con auxilio oportuno; II. Que la lesión no habría sido mortal en otra persona; o III. Que lo fue a consecuencia de la constitución física de la víctima, o de las circunstancias en que recibió la lesión». «232.- No se tendrá como mortal una lesión, aunque muera el que la recibió, cuando la muerte sea el resultado de una causa anterior a la lesión y sobre la cual ésta no haya influido, o cuando la lesión se hubiere agravado por causas posteriores, ajenas a su proceso evolutivo normal». Estos preceptos recogen la teoría de la conditio sine qua non, o de equivalencia de las condiciones, estimando mortal una lesión cuando constituye antecedente necesario de la muerte resultante; y la concausa posterior como es la inoportuna prestación de los auxi-

lios médicos adecuados, no elimina el tipo de homicidio. Según esta teoría, toda condición del resultado típico es equivalente y debe conceptuarse causa de ese resultado; la relación causal se determina si, prescindiendo imaginariamente del antecedente, subsiste el resultado. Tal ocurre en un caso, si no es imaginable que una infección se hubiere presentado, en ausencia de la lesión que ocasionó el inculpado. Luego, desde este punto de vista, la lesión sí guarda una relación de causalidad con la muerte ocasionada. Enfocando la situación desde otro ángulo, debe considerarse que la muerte se debió a una derivación de la misma lesión, aunque posiblemente en el caso particular pudiera haber sido curable, si no lo fue por carecerse de los recursos necesarios. Entonces, queda debidamente establecida la conexión sucesiva que se presenta entre lesión-infección-muerte. Por otra parte, si la muerte del ofendido ocurrió dentro de los sesenta días siguientes al en que fue lesionado, se integran los supuestos que refiere el artículo 230 del Código Penal del Estado, para estimar mortal una lesión. Con referencia a lo dispuesto por el artículo 231 del mismo Código, aun cuando estuviera acreditado que la muerte se habría evitado con auxilio oportuno y adecuado, el dispositivo acabado de invocar previene que esta circunstancia no impide considerar como mortal a la lesión. Cuando el artículo 232 del ordenamiento legal que se viene citando, indica que no se considerará como mortal la lesión cuando ésta se hubiere agravado por causas posteriores, ajenas a su proceso evolutivo normal, no se refiere a la omisión en la atención oportuna y adecuada del lesionado, que en su caso habría evitado la muerte, porque esta circunstancia, como se dijo, no impide considerar como mortal a la lesión, de acuerdo con la fracción I del artículo 231. Luego, esa causa posterior será aquella atribuible al propio paciente o a terceros, autónoma de la lesión original, que genera una relación causal independiente y produce como resultado la muerte, por haber agravado la lesión y alterada la evolución normal de ésta; de manera que si en el caso considerado, no está demostrado que el cuadro infeccioso fuera producido por injerencia de causas posteriores y si al decir de los médico legistas, toda herida, por superficial que sea, está expuesta a una infección de ese tipo, ésta formó parte del proceso normal evolutivo de la lesión que particularmente resintió el ofendido, aun cuando no sea la consecuencia general en todos los casos y debe estimarse como mortal".

Pero el tipo penal previsto en el artículo 302 citado, no hace referencia expresa alguna a la acción ni a su relación con el resultado. Ésta es una labor que corresponde a la Parte General del Derecho Penal, que ha de desarrollar reglas que permitan la solución de todas las cuestiones similares que se planteen en lo tipos penales. Y ello

tradicionalmente lo hace la doctrina a partir del concepto de causa y del principio de causalidad.[84] Así, para poder atribuir un resultado a una persona como consecuencia de su actuar, es preciso determinar si entre ambos —acción y resultado— existe relación de causalidad desde un punto de vista natural, para a continuación determinar la existencia de un vínculo jurídico entre ambos.

Para resolver casos complicados se han elaborado diversas teorías. Entre las muchas existentes sólo mencionaré las tres más importantes: la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causación adecuada o de la adecuación y la teoría de la causa jurídicamente relevante.

La fórmula de la *equivalencia de las condiciones* tiene la particularidad de no permitir la determinación de un nexo causal no conocido: para poder decir que el resultado no se hubiera producido si se elimina mentalmente determinada condición, es preciso que ella haya co-causado el resultado. Por tanto, aquella fórmula decide, en realidad, solamente sobre la cuestión de qué condiciones (reconocidas como tales) resultan jurídico penalmente relevantes.[85] Esta doctrina ha utilizado el método auxiliar heurístico ("fórmula hipotética"), según el cual, condición o causa es todo aquel factor que si se suprime mentalmente, esto es, en la hipótesis de que no hubiera dado lugar a que también desaparezca o se suprima (no se produzca) el resultado,[86] es decir, se suprime mentalmente la acción cuya virtualidad

---

[84] Al respecto explica TRUJILLO CAMPOS, Jesús Gonzalo, La relación material de causalidad en el Delito, Porrúa, México. 1976, p. 35; que la razón por la cual es preciso que haya un nexo de causalidad entre conducta y resultado estriba en que solamente existiendo aquel, el resultado puede ser reprochado, referido o imputado al sujeto y puesto a cargo de éste como fundamento de su responsabilidad. Por su parte, WELZEL, Hans, Derecho penal alemán, p. 66, afirma que el concepto causal no es un concepto jurídico, sino una categoría del ser. Tampoco es una mera vinculación lógica y menos una simplemente idea de diversos acontecimientos, sino la conexión regular en la posible sucesión del acontecer real, no perceptible, es cierto, pero sí posible de ser captada por el pensamiento y por ello, como tal, tan real como el acontecer mismo.

[85] Véase STRATENWERTH, Günther, Derecho Penal, parte general, I, el hecho punible, Trad. 2ª ed. Gladys Romero, Edersa, Madrid, España. 1976, p. 81.

[86] *Cfr.* BUSTOS/LAURRARI. Imputación objetiva, Temis, Bogotá, Colombia. 1989, p. 46; los procesos causales hipotéticos, que son aquellos caracterizados por el hecho de que aun cuando se suprima la condición que ocasionó el resultado, éste sigue produciéndose de igual forma y en el mismo momento. Para evitar la impunidad varios fueron los correctivos, así se destacó: La inoportunidad de introducir factores hipotéticos en los cursos causales, esto es, el examen de la causalidad debía limitarse a examinar lo realmente acontecido. (...) Se argumentó asimismo que debía considerarse el resultado concreto. (...); por su parte GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. Causalidad, imputación y cualificación por el resultado. Ministerio de Justicia, Madrid, España.

causal respecto del resultado se trata de probar, para poder constatar a continuación si el resultado subsistiría o no.

Por elemental que parezca esta idea, la verificación del nexo causal entre una acción y un resultado como presupuesto indispensable para la exigencia de responsabilidad penal se supuso en el momento en que fue formulada por JOHN STUART MILL 1843,[87] posteriormente fue formulado por el procesalista austriaco JULIUS GLASER 1858 y finalmente acogida por el alemán VON BURI 1873.[88] Hoy en día, aunque se discuta la dependencia del concepto penal de causa respecto del filosófico, se reconocen dominantemente la corrección lógica y científico natural de la tesis de la equivalencia causal de todas las condiciones de un resultado. Actualmente sería inadmisible, por contrario a la racionalidad de nuestra cultura jurídica y a los propios conocimientos empíricamente comprobables que nos brindan las ciencias naturales, un sistema en el que la responsabilidad penal de alguien por un resultado se determinase por el "juicio de Dios", la prueba del fuego o mediante conjuros o ritos mágicos. Sin embargo, la verificación del nexo causal tampoco puede fundamentar por sí sola, ni siquiera en el plano puramente objetivo, la imputación de un resultado a una acción.

Por su parte, JAKOBS menciona que el error metodológico de la fórmula radica en lo siguiente: la fórmula funciona con una hipótesis, tal modo de proceder es adecuado cuando ha de verificarse la relación de *input* y *output* de un sistema y el *input* (así como el *output*) es controlable en su totalidad, es decir, cuando sí está ausente el *input* (si se le "suprime mentalmente") nada puede ocupar su lugar. Pero si desconoce lo que puede afluir al sistema (en el proceso causal conducente al resultado) como condiciones sustitutivas, del *output* (resultado) a lo sumo se puede concluir que la condición era necesaria o no, pero que no habría sido suficiente (que no habría surtido efecto).[89]

1988, p. 34; señala que para demostrar la concurrencia de relación de causalidad el método hipotético de la *conditio sine qua non* se ha mostrado en algunos aspectos escasamente útil y en general, más como comprobación lógica ulterior que como un método de demostración.

[87] Citado por REYES ALVARADO, Yesid. Teoría de la imputación objetiva. Temis, Bogotá, Colombia. 1994, p. 8; STUART MILL señaló, que solo en forma excepcional puede afirmarse que una consecuencia es resultado de una única causa, pues por regla general es la reunión de diversos antecedentes lo que genera efectos.

[88] Quien precisó, años después que no solamente la suma de una diversidad de elementos es causa de un fenómeno sino que además cada una de esas fuerzas individualmente considerada es a su vez causa del resultado. REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva, p. 10.

[89] JAKOBS, Günther. Derecho penal, parte general, p. 228.

Sin embargo, el propio Jakobs acepta que dentro de su crítica, el intento que realiza en lo antes mencionado resulta ser un proceso largo por la dificultad de los controles de *input*.

En resumen, la teoría de la adecuación no interfiere en la conformidad con la naturaleza de la tesis de la equivalencia de las condiciones, sino en su traslación al concepto de causalidad penal; según esto, las causas inadecuadas no son típicas; todas las condiciones causales en el ámbito de las ciencias de la naturaleza no lo son del Derecho Penal, aunque, ciertamente, para que aquí sean causas tienen, como mínimo, que serlo también en el plano natural.[90]

Para la **teoría de la adecuación**, por el contrario, no toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico, sino sólo aquélla que generalmente es adecuada para producir el resultado. Una acción será adecuada para producir un resultado cuando una persona normal, colocada en la misma situación que el agente, hubiera podido prever que, en circunstancias corrientes, tal resultado se produciría probablemente. Pero **previsible objetivamente** lo es casi todo. Por eso la teoría de la adecuación recurre a otro criterio limitador de la causalidad, el de la **diligencia debida**, ya que si la acción se realiza con la diligencia debida, aún cuando sea previsible el resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno. Previsibilidad objetiva y diligencia debida son, por consiguiente, los dos **criterios selectivos** que sirven para precisar cuándo una acción es adecuada para producir un resultado y, por tanto, es causa del mismo. Con ello se lograban excluir los comportamientos que, aunque condición de un resultado, eran imprevisibles. Ahora bien, con la introducción de los criterios de la previsibilidad objetiva y la diligencia debida, se está abandonando ya el ámbito de lo ontológico, para entrar en el terreno de lo puramente normativo.

Por ello, pronto se criticó a esta teoría de confundir dos órdenes de conocimientos distintos, a saber: el ontológico y el normativo; así como de querer construir, de espaldas a las ciencias de la naturaleza y a la realidad, un concepto de causa exclusivo para el ámbito jurídico penal. En efecto, el que una causa no sea adecuada para produ-

---

[90] En vista de estas dificultades se propuso adoptar la fórmula de "condición ajustada a las leyes de la naturaleza" elaborada por Engisch: " Se demuestra que una conducta (...) es causal para un resultado concreto (positivo) y delimitado según un determinado tipo penal, cuando aquel comportamiento ha seguido en el tiempo cambios en el mundo exterior que estuvieran unidos con el comportamiento y entre sí conforme a una ley (de la naturaleza) y que han desembocado en alguna parte integrante del supuesto de hecho concreto que ha sido delimitado por la ley como resultado". BUSTOS/LARRAURI, Imputación objetiva, pp. 47 y 48.

cir un resultado, porque, por ejemplo, no fuera previsible que se fuera a producir, no puede eliminar su naturaleza de causa. Así lo entendió la *teoría de la causa jurídicamente relevante*, que diferencia entre la determinación de la causalidad y la cuestión de si una causa es o no relevante para el Derecho Penal. Ciertamente puede serlo desde el punto de vista causal ontológico o natural o lógico. Pero, desde el punto de vista jurídico, esta causalidad natural debe ser limitada con ayuda de criterios jurídicos,[91] de tal forma que el problema causal se convierte en un problema jurídico a incluir dentro de la categoría del injusto o antijuridicidad típica. Es por ello que es requisito indispensable para la responsabilidad "que el resultado esté conectado causalmente con el acto de la voluntad del autor",[92] así como la distinción entre la causalidad en el sentido de la teoría de la adecuación y la cuestión de la responsabilidad jurídico-penal del autor por el resultado.

Pero además, la *teoría de la causa jurídicamente relevante* abre el camino al concepto de imputación objetiva[93] como requisito adicional del tipo donde se examina la relevancia jurídico-penal de un curso causal.[94]

[91] Quedó entonces establecido por MEZGER, Edmundo, Derecho penal, parte general, Cárdenas Editores, México. 1990, pp., 109, que en materia jurídica debe existir una clara separación entre los fenómenos de la causalidad y la responsabilidad, siendo aquella determinada con base en la equivalencia de las condiciones y ésta mediante el aislamiento de la causa que fuese relevante para el Derecho Penal, relevancia ésta que fluiría de la simple interpretación del tipo correspondiente; el segundo paso será negar que todas las causas que intervienen en un suceso sean jurídicamente equivalentes. Esto es, si bien no se niega su carácter causal, sí se objeta que éste sea el único criterio sobre el cual deba fundamentarse la responsabilidad penal. Por ello se afirmará que el Derecho Penal solo toma en consideración aquellos procesos causales relevantes.

[92] MEZGER, Edmundo, Derecho penal, parte general, pp. 109 y 116; ahora bien, aunque todas las condiciones del resultado son equivalentes en el sentido de que cualquiera de ellas puede ser considerada causa, no todas pueden fundamentar la responsabilidad, pues en sentido jurídico no todas son equivalentes. (...) Nexo causal y "nexo de responsabilidad" no siempre coinciden.

[93] En el mismo sentido del texto RUDOLPHI, Hans-Joachim, Causalidad e imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. 1998, p. 30; con esto concuerda que la teoría de la relevancia en su planteamiento básico, con la teoría que defendemos de la imputación objetiva.

[94] *Cfr.* DAZA GÓMEZ, Carlos, Teoría general del delito, p. 111; la posición de Elena LARRAURI. Introducción a la imputación, pp. 227 y 228; sobre esta teoría, es presentada en ocasiones como el precedente inmediato de la imputación objetiva distingue claramente los dos ámbitos en los que a partir de entonces se desarrollará la determinación de las acciones típicas. (...)un primer plano causal, y en segundo plano en el que deben elaborarse unos criterios normativos en base a los cuales adscribir.

Por eso las teorías de la causalidad, en sus diversas vertientes, progresivamente se han completado en los últimos años con criterios normativos, coincidentes en su mayor parte con los de la *teoría de la imputación objetiva* elaborada primordialmente en Alemania, que cada vez cuenta con más partidarios en la doctrina mexicana.

La "moderna" *teoría de la imputación objetiva* se escalona en dos grados: constituido el primero por la causalidad e integrado el segundo por una serie de criterios valorativos de imputación. Sin embargo, todavía hay posiciones minoritarias que la rechazan.

En Alemania, los seguidores más estrictos del finalismo la consideran superflua porque muchos de los problemas que pretende solucionar podrían ser resueltos mediante una correcta (extensiva) conceptuación del dolo y una mejor interpretación de los elementos del tipo objetivo. Así, por ejemplo, cuando un médico proporciona un medicamento a un moribundo para que éste pueda vivir el tiempo suficiente y así escribir su testamento, la acción del médico no sería típica, pues con una correcta interpretación del verbo *privar de la vida*, en el sentido de **acortamiento de la vida**, quedaría claro que no ha cometido la acción típica; lo que él ha hecho es **alargar la vida** del paciente. La imputación objetiva sólo tendría lugar en los delitos culposos.

Contra esta crítica son posibles muchas réplicas. En primer lugar, resulta evidente que, tal como lo hacían las antiguas teorías causales, los causalistas mexicanos no respetan el carácter naturalístico de la causalidad, al utilizar criterios normativos que les permiten excluir las causas del resultado que no interesen al Derecho Penal. Por otro lado, la solución del dolo es discutible, en cuanto se extiende demasiado su concepto. En efecto, el concepto de dolo reconocido por la doctrina mayoritaria sólo comprende el *conocer y querer* la realización de la situación objetiva descrita por el tipo de injusto. Quien dispara con la intención de privar de la vida, y conoce que su acción es suficiente para causar el resultado de muerte, ya realizó el tipo subjetivo de homicidio. Esta valoración no tendría que cambiar en nada, si la víctima no muere enseguida, sino después, por una causa distinta.

La mayoría de los autores ubica la imputación objetiva dentro de la tipicidad. Sin embargo, aquí también hay divergencias: mientras que para unos forma parte del tipo objetivo, para otros debe funcionar como un correctivo de la acción típica.

Sin embargo, los siguientes supuestos de hecho han propiciado una incertidumbre jurídica: piénsese, por ejemplo, en el caso de una estación de servicio, que obviamente dispone de varios depósitos subterráneos de combustible. Así las cosas, en un río que fluye en las

proximidades de la misma se detectan la presencia de hidrocarburos. Para atribuir a sus responsables la "realización de un vertido" será necesario constatar un nexo de causalidad entre algún defecto de los depósitos, la filtración de su contenido y la presencia de los gasóleos altamente contaminantes que se advierten en el río. Expresado de otro modo, excluir que dicha presencia de gasóleos se deba, por ejemplo, a la existencia de un "cementerio de automóviles" aguas arriba, o de talleres de reparación de vehículos en el pueblo vecino.[95]

Aunado a lo anterior tenemos los supuestos de intervención genética, no terapéutica realizada en una persona, que comporte una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tradicionales como la vida, la integridad o la salud; no concurre ninguna dificultad dogmática para castigar el daño producido (la muerte, las lesiones o la enfermedad), a través de los tipos de homicidio (artículos 303, 304 y 305 del Código Penal Federal), o lesiones (artículos 288 al 290 del mismo ordenamiento), a título de dolo o bajo la modalidad culposa.

Otro supuesto se da en la propia naturaleza de la intervención genética, ésta puede producirse sobre el hombre nacido pero, también, sobre el mismo feto, incluso sobre el embrión o preembrión. En muchos casos, a la hora de individualizar responsabilidades, van a surgir serios inconvenientes para poner en relación el daño acontecido con las conductas manipuladoras llevadas a cabo (imagínese, por ejemplo, que la intervención genética se efectuó en un embrión preimplantatorio, que después de ser transferido al útero de una mujer, y después del normal período de gestación ha dado lugar al nacimiento de un ser humano con graves taras o deformidades ¿causadas? en el momento de la intervención).[96]

---

[95] Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Delitos contra el medio ambiente, Tirant lo Blanch, Valencia, España. 1999, p. 45.

[96] Sobre esta problemática entiende PERIS RIERA, Jaime Miguel. La regulación penal de la manipulación genética en España (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías), Civitas, Madrid, España. 1995, pp. 121-122 y 126, "que los mismos avances genéticos que posibilitan la práctica de determinadas técnicas, sirven también para individualizar los mecanismos de funcionamiento. Es cierto que, en determinado ámbito, la prueba del nexo causal será más dificultosa y ardua, pero no me parece ésta una razón suficiente para propugnar la criminalización de ciertas actividades, con todo lo que esto comporta, y con la necesaria armonización que debe producirse entre principios penales y procesos de penalización. Más aún, la teoría de la imputación objetiva, a la que con frecuencia cada vez más acude la Jurisprudencia, no afecta a la exigencia de la causalidad natural, pues los criterios que proporciona esta teoría <<no reemplazan, sino que limitan la causalidad jurídico-penalmente relevante>>; no puede olvidarse el influjo que famosos procesos, como el de la talidomida, tuvieron en la difusión de esta teoría causal.

Los supuestos antes señalados son una muestra de la gran gama de supuestos en los que el Derecho Penal actual, en especial la Teoría del Delito en nuestro país no ha podido y más aún ni conoce todavía de tales conductas por tener un Código Penal Federal no acorde con la sociedad de hoy, no obstante que la relación causal sigue siendo elemento del tipo objetivo, lo cual constituye presupuesto de la imputación objetiva.

Es por ello la necesidad de elaborar criterios que limiten la relevancia jurídico-penal del gran número de acciones típicas, por ende, exigir que, además de la causalidad de la acción para la realización del resultado, también exista una **relación de riesgo** entre ambos.

El presupuesto básico de la imputación objetiva con relación a que la vida social por definición entraña riesgos cuyo desencadenamiento ha de ser ilícito, en la medida en que no puede prescindirse de la vida en sociedad, es sistematizado mediante el instituto del *riesgo permitido*. En su conformación y justificación el riesgo permitido responde directamente al postulado de que la sociedad no es un mecanismo de protección de bienes sino que es un contexto de interacción.[97] Dado que no es posible la interacción sin la constante puesta en peligro de bienes -piénsese en el riesgo de transmisión de enfermedades que comporta un simple darse la mano, o el peligro de intoxicación oculto en la más trivial ingesta de alimentos-, ciertos riesgos han de ser irremediablemente tolerados. De sus reglas debe desprenderse ese riesgo vital general, ubicuo e insoslayable, así como los riesgos que deben ser aceptados según la conformación de cada contexto específico.

---

[97] Por su parte PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas), Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, España. 1995, p. 86, expone por demás oportunas, las siguiente ideas:

1º El concepto de riesgo permitido tiene su ubicación natural, dentro del sistema dogmático de interpretación de los tipos penales y de determinación de la responsabilidad consiguiente, en el proceso de valoración de la conducta.

2º Dentro de dichos procesos de valoración, cobra operatividad en varios momentos: tanto en la —primera— valoración genérica de la conducta como en la —final— valoración concreta de la misma. No es posible, por tanto, reducir la función del concepto aisladamente a ninguno de los dos momentos.

3º De todas formas, es admisible, por razones de economía conceptual, utilizar un concepto restrictivo de riesgo permitido, que se refiera tan sólo a aquellos factores de exclusión del desvalor de la conducta basados en la idea de ponderación de intereses y no dotados de base legal alguna, ni siquiera por analogía. Por ello únicamente por el hecho de que en los otros casos, es posible integrar la idea de riesgo permitido en conceptos dogmáticos ya existentes. En cualquier caso, debe quedar claro que también en el momento de la justificación el concepto de riesgo permitido goza de operatividad, por tener este momento idéntica naturaleza.

El principio general en el que se basan estos criterios exige, en principio, que la acción humana haya producido un riesgo desaprobado legalmente, el cual además debe haberse realizado en el resultado y debe encontrarse comprendido por el fin de protección de la norma. Siempre que falte la relación causal, en el sentido de la teoría de la condición, faltará también la imputación objetiva debido a la ausencia de la creación de un riesgo. Pero no toda causa del resultado guarda una necesaria relación de riesgo con la acción correspondiente.

Sin embargo, se ha exagerado su importancia aplicativa pues muchos de los problemas propuestos por la doctrina pueden solucionarse sin tener que recurrir a la imputación objetiva. Sobre todo puede llegarse a resultados satisfactorios interpretándose correctamente los elementos del tipo objetivo. También en los delitos culposos y omisivos hay que distinguir aquellos *auténticos* casos donde se necesita un correctivo normativo como la imputación objetiva, de aquellos otros en los que se bastan los elementos propios de esos tipos de delitos.

a. *La aportación de Daza Gómez*

La obra escrita con la tendencia moderna del funcionalismo publicada por primera vez en nuestro país, ha sido la **"Teoría general del delito"**, de Daza Gómez, la cual constituyó básicamente su tesis doctoral.

Este libro, en el tema que nos ocupa, proporciona una explicación sencilla y clara de los fundamentos y principios doctrinales con los que se integra la imputación objetiva. De los cuales es menester mencionar los siguientes:

1. La imputación del tipo objetivo sólo es un problema de la parte general cuando el tipo requiere un resultado en el mundo exterior, separado en el tiempo y espacio de la acción del autor.[98]
2. En los delitos de mera actividad, la imputación objetiva del tipo se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la parte especial.[99]
3. Para que un resultado pueda serle atribuido[100] a un sujeto, es necesario, ya en el plano objetivo, que el resultado a imputar

[98] Teoría general del delito, p. 100.

[99] *Ibidem*, pp. 100 y 101.

[100] Es importante mencionar que Daza Gómez, utiliza la palabra "atribuir" como sinónimo de imputar, lo cual creemos que lo fundamentó en su momento con la legislación federal al encontrarse previsto en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, antes de la reforma de 1999, al cambiar los elementos del tipo penal por los de cuerpo del delito y responsabilidad penal.

constituya la realización de un riesgo jurídicamente relevante cuya evitación sea precisamente la finalidad de la norma infringida por el sujeto.[101]

4. La imputación objetiva no se coloca en contradicción con las teorías de la causalidad. Más bien, acoge sus planteamientos e intenta mejorarlos, continuarlos y completarlos, razón por la cual se puede calificar la teoría de la imputación objetiva, sin más, como teoría de la adecuación continuada o como teoría de la relevancia desarrollada.[102]
5. Para fundamentar la teoría de la imputación objetiva debe analizarse si la acción del autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado o aumenta un riesgo ya existente, o adelanta la producción cronológica del resultado, y a consecuencia de él se produce el resultado típico, o sea, habrá imputación objetiva del resultado a la acción del autor.[103]

Señalados los postulados anteriores, Daza Gómez, afirma la importancia de establecer ante los criterios causales, elementos normativos que complementen las acciones de las personas con los resultados (objetivos) que consiguen con esa acción, no obstante, no es claro, al establecer si la imputación objetiva es únicamente para los delitos de resultado o es extenso para los delitos de peligro. Sin embargo, todo el panorama que nos ofrece este autor, en relación a la imputación objetiva, ha sido fundamental para su análisis crítico y por consiguiente en su aspecto básico ha sido considerado en la práctica judicial que hoy en día, propugna el Poder Judicial Federal (entendido en su conjunto), para ofrecer mayor seguridad jurídica en pro de las garantías que señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a los ciudadanos que integran nuestra sociedad (considerada como una "sociedad de riesgo").[104]

Otro de los estudios de los que este autor se ha ocupado (a efecto de considerar para este apartado) es el tema de la imputación a la víctima, por demás polémico en nuestra país que no contempla una regulación al respecto en materia penal, pero que puede ser interpretada desde las normas extrapenales, esto es, en palabras de Daza Gómez "el tema central, desde nuestra perspectiva, radica en cuál es el sustento para fundamentar el tratamiento jurídico penal de

[101] Teoría general del delito, p. 98.

[102] *Ibidem*, p. 108.

[103] *Ibidem*, p. 119.

[104] Sobre este particular consúltese Pérez Daza, Abraham. El derecho penal ante la globalización, Revista Tepantlato, México. 2002.

la víctima...".[105] Aquí evidentemente, se trata de un tema de riesgo y competencia:[106] "...existe un incremento del riesgo por parte de la víctima, pues puede con su actuar salir del fin de protección de la norma y, con ello, asumir una autorresponsabilidad", como consecuencia de ello la postura que defiende el autor citado es que el problema de la imputación a la víctima la ubica "en el nivel de la imputación objetiva, con sus variables de imputación del comportamiento e imputación del resultado",[107] lo que nos llevaría "a una causa de atipicidad".[108]

Esta somera apreciación de las aportaciones que ha realizado DAZA GÓMEZ nos permite considerar lo valioso que es utilizar estas nuevas vertientes del Derecho penal (funcional), para ofrecer una mayor seguridad jurídica por quienes nos dedicamos a la procuración y administración de justicia, los cuales debemos cada día más esforzarnos por lograr un equilibrio entre la doctrina y la práctica, que dé una mayor certeza jurídica y por ende un correcto resultado en la aplicación de la norma a cada caso en particular.

b. *La postura de* MEDINA PEÑALOZA

En su obra **Teoría del delito. Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva**, MEDINA PEÑALOZA estructura los fundamentos básicos, así como los elementos y alcances de la imputación objetiva, de lo cual, concluye afirmando que se requiere una regulación expresa del problema de imputación en los delitos de resultado material, a fin de dotar al ordenamiento punitivo de certeza y seguridad jurídica que los fines supremos del Derecho exigen, fijando con toda precisión la posición teórica, doctrinal y legislativa a la que se adhieren, proponiéndose los criterios aportados por la teoría de la imputación objetiva.[109]

Asimismo, considera que partiendo del desvalor de la acción, resultan operativos los criterios normativos de imputación objetiva (creación del riesgo, realización del riesgo y ámbito de protección de la norma), pues sólo pueden ser imputados aquellos resultados que son fruto de un comportamiento que *ex ante* se presenta como objeti-

[105] Imputación a la víctima, Libro homenaje a Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2003, p. 632.
[106] Terminología que debe a Jakobs una mayor atención y que por motivos de exposición no podremos profundizar al respecto.
[107] Imputación a la víctima, p. 632.
[108] *Ibidem*, p. 643.
[109] Teoría del delito, p. 286.

vamente peligroso para un bien jurídico, donde el riesgo se convierte en concepto básico de la fundamentación del injusto, dado que el Derecho Penal sólo puede prohibir conductas peligrosas.[110] Afirma, por demás acertadamente, que la imputación objetiva no satisface una necesidad puramente teórica, careciendo de interés para la práctica legislativa por erigirse como mera especulación jurídico-filosófica.[111]

Concluye MEDINA PEÑALOZA con las observaciones siguientes:[112] Es necesario implementar la Teoría general de la imputación para los delitos de resultado,[113] llámense dolosos o culposos, desligada completamente del dogma causal, conformada bajo el denominador común del "principio de riesgo", conforme al cual, a la luz del resultado lo determinante es saber si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con dicho resultado, proponiéndose como parámetros concretos los desarrollados por Claus ROXIN y su discípulo Wolfgang FRISCH (la disminución del riesgo; la creación de un riesgo jurídicamente relevante, el incremento del riesgo permitido y la esfera de protección de la norma).[114]

c. *Las consideraciones de* DÍAZ-ARANDA

En su libro **El dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo**, DÍAZ-ARANDA, estudia la teoría de la imputación objetiva, integrante del sistema funcional a nivel de tipo, para una concepción del dolo[115] que pueda ofrecer un contenido completamente acorde con la legislación mexicana, para lo cual tuvo que recoger en su investigación gran parte de la concepción que nuestra doctrina ha dedicado al tema del dolo: "en el Derecho Penal mexicano, el dolo se identificó primero como la intención presunta de cometer delitos. Posteriormente se

[110] *Idem*, p. 286.
[111] Véase *ibidem*... p. 287. Su interés básico debe deducirse de sus consecuencias en el mundo fáctico y de su reconocimiento y observancia en el plano legislativo, aunque en nuestro país, tristemente se desvincula la política criminal de la dogmática, y no se integran conceptos novedosos, como la imputación objetiva, que en lo personal representa beneficios, al permitir una restricción de la imputación objetiva de los resultados.
[112] Véase *ibidem*... p. 288.
[113] Por su parte, Pérez Daza, Abraham. Introducción a la imputación objetiva, en prensa, propugna por la aplicación de la imputación objetiva no solamente a los delitos de resultado, sino también, a los de delito de peligro-abstracto-concreto.
[114] Véase Teoría del delito..., p. 288.
[115] El dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal en México, Porrúa, México, 2001, p. 220.

dejó de presumir esa intención y quedó a cargo del Estado su prueba (*onus probadi*)",[116] de ahí que gran parte de la dogmática de nuestro país, al igual que la jurisprudencia emitida por la SCJN y Tribunales de Circuito hayan adoptado un "concepto de *dolus malus*, el cual se concibe unas veces como la culpabilidad misma y otras sólo como uno de sus elementos, ello ha supuesto el seguimiento de los postulados del sistema clásico o los del sistema neoclásico, los cuales en conjunto se han denominado como causalismo".[117] Para esta corriente, la culpabilidad, en un enfoque psicologista, se integra por el dolo y la culpa; para la corriente psicologista normativista, incluye la imputabilidad, el dolo o la culpa y las circunstancias concomitantes al hecho. No obstante, esta postura doctrinaria, quedó rezagada con la realidad social, que hoy en día compete más a actividades de riesgo (que no contiene ningún contenido causal natural como lo comprendía el causalismo en su momento histórico). A diferencia de la postura causalista, la teoría finalista de la acción reubica el dolo y la culpa en la tipicidad y mantiene, como contenido de la culpa, la imputabilidad, el previo conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta. Ahora, se requiere de criterios meramente normativos, cosa que tampoco ha comprendido el legislador mexicano, al reformar nuevamente el concepto de elementos del tipo penal por el de cuerpo del delito, y que DÍAZ-ARANDA le dedica gran parte de tiempo a demostrar las erróneas apreciaciones dogmáticas que éste tuvo al modificar tales conceptos.[118] Pero que de cierta manera, cede DÍAZ-ARANDA en un determinado momento a las necesidades que atendió el legisla-

[116] *Ibidem*, p. 221.

[117] *Idem*. Además, este autor aclara que "en el aspecto legislativo, desde la promulgación de la Constitución de 1917 el proceso penal en México se fincó en las figuras procesales: cuerpo del delito y probable responsabilidad. Existía acuerdo jurisprudencial y doctrinal en analizar el dolo dentro de la probable responsabilidad. Sin embargo, el problema se presentaba en la práctica cuando se establecía la interrelación de las figuras procesales cuerpo del delito y probable responsabilidad con las estructuras y conceptos de la teoría del delito. En 1993, el legislador mexicano consideró conveniente aclarar las dudas presentadas en la práctica penal y preparar el camino hacia un proceso penal propio de un Estado Social y Democrático de Derecho. Al efecto, el legislador decidió sustituir el denominado <<cuerpo del delito>> por un concepto de la doctrina penal universal <<elementos del tipo penal>>. Ello quedó plasmado en los arts. 16 y 19 de la

Constitución y se estableció la obligación del Ministerio Público de <<acreditar>> los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad para poder obtener del juez la orden de aprehensión contra el indiciado y, a su vez, el juez debería contar con dichos elementos de prueba para dictar el auto de formal prisión contra el consignado", pp. 221 y 222.

[118] *Ibidem*, principalmente pp. 223-228.

dor para justificar su reforma, esto es, "estoy totalmente de acuerdo en la urgente necesidad de emprender una lucha frontal y eficaz contra la delincuencia en México y uno de los medios para conseguirlo, radica en el incremento del número de detenciones de los delincuentes, que hasta ahora han conseguido evadir la acción de la justicia penal. Pero ello también como ha señalado el legislador, debe estar encuadrado dentro de los parámetros de un Estado de Derecho y eso sólo se puede conseguir ofreciendo a los interesados en el tema una interpretación con criterios suficientes para proceder a la detención y procesamiento de aquellos sujetos contra quienes existen pruebas bastantes para someterlos a un proceso penal y evitando al máximo la reclusión de inocentes". Con lo cual, a nuestro parecer consideramos que la postura de DÍAZ-ARANDA al respecto es entendible con la postura del legislador, pero también es obvio que se necesita que los encargados de interpretar las leyes deban estar mejor preparados, de no ser así, siempre tendremos la necesidad de modificar la ley, por encontrarnos que para muchos no es entendible, y esto ocasione injusticias o impunidad ante la delincuencia que cada vez se especializa en determinados ámbitos, principalmente en la delincuencia organizada.

No obstante, es importante señalar que DÍAZ-ARANDA acertadamente señala que la productividad de los criterios o reglas ya existentes para imputar la conducta al tipo objetivo, se ha puesto de relieve al permitir solucionar satisfactoriamente los viejos problemas que tanto el sistema causalista (tentativa y omisión) como el finalista (culpa y omisión) fueron incapaces de resolver.[119]

Por supuesto que toma como base los estudios de su maestro Claus ROXIN, al señalar que no existe todavía unidad sobre los rubros bajo los cuales se pueden identificar los principios o reglas de la teoría de la imputación objetiva,[120] a los que se adhiere y desarrolla los supuestos prácticos con los cuales se resuelven o tratan de resolver con la imputación objetiva del resultado, a su entender y no así a las conductas de peligro y conductas de omisión.

No cabe más que señalar que la obra de DÍAZ-ARANDA tiene mucho más que ofrecer, para quienes se inicien en la tarea de la investigación y aplicación de los postulados del Derecho penal y que sirve como ordenador de la teoría de la imputación objetiva a nivel tipo objetivo.

7. Conclusiones provisionales. En resumen, puede decirse que por imputación objetiva se entiende el conjunto de principios y reglas

[119] *Ibidem*, p. 111.

[120] *Ibidem*, p. 86.

sistemáticos mediante los que se normativizan las descripciones típicas puramente causales.

La traslación de estos fundamentos al campo de la dogmática de la imputación jurídico-penal revela, como primera consecuencia, en el ámbito de la omisión que no toda causación evitable de un curso causal lesivo puede ser materia de imputación, así como no puede serlo toda omisión de evitación de un resultado lesivo por parte de quien es capaz de evitar. La consecuencia es pues, brevemente, no sólo el autor de la omisión sino también el de la comisión debe ser garante si es que ha de responder jurídico penalmente.

El fracaso de los intentos de hallar una causalidad natural en supuestos de omisión tiene una doble repercusión dogmática. Por un lado, da lugar al planteamiento de lo que podría denominarse "problema de la equiparación" en sentido estricto. En efecto, la imposibilidad de fundar en la causalidad empírica la punición de determinadas omisiones y en qué circunstancias deben ser castigadas en tal medida. Es decir, qué omisiones son no ya "causaciones", sino equiparables a las cuestiones. Por otro lado, sin embargo, se convierte en un factor esencial del surgimiento del debate teórico sobre el concepto de omisión. Todo esto significa que la elaboración de un concepto de omisión se haya presidida, en el sistema de LISZT, por la solución del problema de la equiparación de determinadas omisiones a las causaciones activas del resultado. El concepto de omisión es, al mismo tiempo, la respuesta a esa cuestión político-jurídica: es un concepto de la omisión "equiparable". Esto es natural —para SILVA SÁNCHEZ— si se tiene en cuenta la antes aludida exclusión de las omisiones propias del ámbito de los "delitos en sentido material", es decir, de las lesiones de bienes jurídicos. Pero, por supuesto, condiciona el contenido que a dicho concepto se asigna.[121]

Lo anterior me hace creer que efectivamente los nuevos postulados del funcionalismo, en concreto los de la imputación objetiva, son teorías que vienen a complementar los déficit que las doctrinas (causalistas y finalistas) han desarrollado, para el debido esclarecimiento de los casos que en la práctica se presentan y buscan ser solucionados con la teoría más acorde a ese supuesto, más no es correcto que una teoría se quiera aplicar a todos los supuestos que se presenten, aún cuando haya similitud entre ellos. Por eso, la teoría de la imputación objetiva es una opción más que tiende a ofrecer, para determinados supuestos, un principio de seguridad jurídica.

[121] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, El concepto de omisión. Concepto y sistema, Bosch, Barcelona, España, 1992, pp. 8 y s.

Para finalizar, la imputación objetiva resulta ser una construcción útil y necesaria, a pesar de que su ubicación sistemática y por tanto, su legitimidad sigan en un lugar todavía por explorar; ejemplo de esto son los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Tribunales Colegiados de Circuito, mediante la jurisprudencia.[122] En virtud de que las garantías individuales y procesales en el juicio penal significan para la Política Criminal asumir la función garantística de delimitar la intervención punitiva estatal, lo que implica ya de origen una interacción recíproca entre ésta y la dogmática jurídico-penal, se cumple con el primer elemento requerido por la visión funcional.[123]

Lo anterior lleva a resultados más razonables, ante una inseguridad que se observa con las tradicionales teorías vinculantes, exclusivamente a la "**causalidad**" (con criterios naturalísticos exclusivamente), sin prescindir de los criterios normativos (claro está, sin abusar de estos), para no caer en un sistema totalitario y romper con nuestro sistema penal de un Estado Democrático y de Derecho.

8. El problema causal en la jurisprudencia. La jurisprudencia y la doctrina,[124] para comprobar la relación de causalidad se sirven de la teoría de la equivalencia de las condiciones, tal como lo expresan las tesis jurisprudenciales siguientes:

> "**NEXO DE CAUSALIDAD.** Un hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada, sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la *conditio sine qua non* de la equivalencia de las condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce, por lo cual basta suponer hipotéticamente suprimida la actividad del sentenciado para comprobar la existencia del nexo de causalidad".
>
> "**RESPONSABILIDAD PENAL. NEXO CAUSAL.** El hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta

[122] *Cfr. infra* IV. b), del presente capítulo.
[123] En este sentido, MEDINA PEÑALOZA, Sergio, J. Teoría del delito... p. 182.
[124] *Cfr.* entre otros Malo Camacho, Gustavo. Derecho penal mexicano..., p. 351; Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho penal mexicano..., p. 244.

como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta, por su parte puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la llamada omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la *conditio sine qua non* o de la equivalencia de las condiciones, la cual se enuncia diciendo qué causa es el conjunto de condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado; y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce. Basta pues suponer hipotéticamente suprimida la actividad del acusado para comprobar la existencia del nexo de causalidad, pues si se hubiera negado a realizar la maniobra prohibida, evidentemente el resultado no se hubiera producido; lo anterior sólo constituye un medio de comprobación de la operación de la teoría de la *conditio sine qua non*, sin que sea preciso aludir aquí a los correctivos elaborados para evitar los excesos de la aplicación de tal criterio, tales como el de la culpabilidad y de la prohibición del retroceso, pues colocado el problema dentro del aspecto objetivo del delito, únicamente en éste debe encontrar solución, sin involucrar el planteamiento de una cuestión que pertenece al aspecto subjetivo del delito, o sea la culpabilidad".

Por lo que respecta a la causalidad en los delitos culposos, la jurisprudencia se ha manifestado en los términos siguientes:

"**LESIONES QUE INDIRECTAMENTE OCASIONAN LA MUERTE. CAUSALIDAD.** En materia de lesiones que indirectamente causan la muerte se aplica el principio jurídico que rige la causalidad, que se enuncia diciendo que lo que es causa de la causa, es causa del daño causado."

"**NEXO DE CAUSALIDAD.** Un hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. La conducta puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada, sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la *conditio sine qua non* o de la equivalencia de las condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce, por lo cual basta suponer hipotéticamente suprimida la actividad del sentenciado para comprobar la existencia del nexo de causalidad".

"**CAUSALIDAD Y PROBABLE RESPONSABILIDAD PENAL. LESIONES.** Si de los datos arrojados por la averiguación previa se desprende que el inculpado, al ir conduciendo su vehículo, intentó dar vuelta en «U» sin hacer ningún señalamiento, dando así causa inmediata, suficiente y directa para que el coinculpado, a fin de no impactarse con dicho vehículo, girara el volante hacia la izquierda, atropellando con esto a la ofendida, causándole lesiones, debe estimarse que dichos actos son bastantes para hacer probable la responsabilidad penal del primero de los nombrados, por lo que el auto de formal prisión que pronuncie en su contra la autoridad responsable no es violatorio de lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución General de la República".

A pesar de los criterios sostenidos por las jurisprudencias anteriores, hoy en día, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito se ha pronunciado porque no existe responsabilidad penal culposa cuando el resultado se produce por la acción, también culposa, de un tercero; así lo ha sustentado en la tesis TC017007.9PE1, con la rúbrica y texto siguientes:

"**CULPA SIN REPRESENTACIÓN Y CAUSALIDAD. NO EXISTE RESPONSABILIDAD PENAL DEL QUEJOSO EN DELITOS CON MOTIVO DE TRÁNSITO DE VEHÍCULOS CUANDO EL RESULTADO SE PRODUCE POR LA ACCIÓN CULPOSA DE UN TERCERO.** La culpa sin representación se conforma de una acción que se caracteriza por la violación a un deber de cuidado que el activo debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales; un resultado típico que no se previó siendo previsible y, un nexo causal que vincula ambos extremos. Cabe precisar que la causalidad que se exige es de naturaleza normativa por derivar de una descripción legal, lo que implica que para tener por acreditada la responsabilidad penal, no basta equipararla a un mero proceso de causa y efecto, sino comprobar la estricta y necesaria relación entre la violación del deber objetivo de cuidado que impone la ley y el resultado típico que se produjo. Consecuentemente, en delitos con motivo de tránsito de vehículos, es violatoria de garantías la sentencia que acredita la autoría material en la responsabilidad penal y condena al inculpado por el delito de homicidio, cuando este resultado no es la consecuencia causal de su acción culposa, que cesó, y por ende, consumó el delito de lesiones, cuando golpeó con el vehículo que conducía en una pierna al ofendido y lo esquivó, para, en forma autónoma, con motivo de diversa conducta culposa de un tercero a quien también se la atribuye autoría material, que conducía diverso vehículo automotor, ocasionó la muerte, por atropellamiento."

Es en este sentido que se han adoptado criterios acordes con las aportaciones que en la dogmática moderna, en materia de causalidad aplicada en delitos culposos, han servido para proporcionar una mejor seguridad jurídica al momento de administrar justicia, como así lo busca nuestro país como Estado Democrático de Derecho.

Para reforzar tal criterio por demás novedoso, se cita el siguiente ejemplo que la doctrina resuelve, con el "**traslado del riesgo a un ámbito de responsabilidad ajena**", en el que, conforme a estos supuestos, alguien crea un riesgo jurídicamente desaprobado y este riesgo se concreta en la producción de un resultado. No obstante, cuando el riesgo se realiza, el deber de seguridad que tenía la persona que ha originado el peligro, se ha trasladado a un ámbito de responsabilidad ajeno. Un caso fallado por la jurisprudencia alemana aclara esta figura: "A" conduce un camión en la oscuridad, cuya parte posterior no dispone de luces. Una patrulla de la policía lo detiene y lo amonesta, imponiéndole también una multa. Para darles seguridad a otros vehículos que transitan por el lugar, uno de los agentes coloca una linterna de luz roja en la calzada. La policía le indica a "A" que se dirija a la estación de servicio más cercana, al tiempo que lo quiere seguir para asegurar la parte posterior no alumbrada. Pero antes de la partida, uno de los policías retira la linterna del piso. En ese momento, otro camión se estrella contra la parte posterior del carro sin luces. El Tribunal Supremo Alemán condenó por homicidio culposo al conductor que transitaba sin luces en la parte posterior.

La comprensión de la estructura lógica de la causalidad alternativa de infracciones del deber de cuidado tiene gran valor en la práctica judicial, puesto que la mayoría de los accidentes de tránsito, y también otros accidentes, se producen por infracciones del deber de cuidado de varios intervinientes. Sería, pues, injusto si ambos intervinientes respondieran en el caso de que sólo la infracción de ambos juntos fuese la causa suficiente del resultado, y ninguno de los dos si ambos se han comportado tan defectuosamente que la infracción de uno de ellos por sí misma fue suficiente para el accidente.

9. Valoración global del problema causal. En realidad, el problema causal se ha exagerado tanto cuantitativa como cualitativamente. Desde el punto de vista cuantitativo, porque, aunque se estudie en la Parte General, prácticamente sólo afecta a los delitos de consecuencias dañosas, como los delitos de incendios o daños materiales, incluyendo aquí también los atentados al medio ambiente, los delitos de lesiones y el de homicidio, o aquellos en los que estos resultados aparecen como cualificaciones de un delito base, lo que a veces plantea graves problemas causales difíciles de resolver apriorísticamente. Y desde el punto de vista cualitativo, porque, independientemente de la teoría causal que se siga, la afirmación de una relación de causalidad no es todavía suficiente para imputar objetivamente un resultado al que lo ha causado.

El problema causal fue importante en otras épocas porque, por imperativo del ***versari in re illicita***[125] y de la **responsabilidad por el resultado**, bastaba la causación de un resultado para que, sobre todo si éste se derivaba de la comisión de un hecho ilícito, se le imputara al causante sin más exigencias posteriores.[126] Actualmente el problema se resuelve limitando la responsabilidad ya en el plano objetivo con criterios normativos extraídos de la propia naturaleza del Derecho Penal y trasladándolo al tipo de injusto del delito culposo, pues ya en el ámbito de la *tipicidad*, por imperativo de lo que disponen los artículos 7º y 8º del Código Penal Federal y del llamado principio de culpabilidad, sólo aquellos resultados delictivos que, al menos, sean atribuibles a culpa de su causante, pueden ser considerados típicos y, en su caso, dar lugar a responsabilidad penal.

Los casos más conflictivos de **imputación objetiva** de un resultado deben, por consiguiente, tratarse como problemas de esta forma de imputación típica: la culpa. Si por el contrario, no se presentara este estadio mínimo, habrá caso fortuito y el resultado no podrá ser imputado penalmente, como lo establece la tesis jurisprudencial siguiente:

> "**CASO FORTUITO. REQUISITOS PARA LA ACTUALIZACIÓN DE TAL EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD**. Para la concurrencia de la eventualidad denominada caso fortuito, prevista

---

[125] Al respecto véanse Franco Guzmán, Ricardo. El *versari in re ilicita*, ponencia presentada durante el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Penal, celebrado en agosto de 1998; CEREZO MIR, José El *versari in re ilicita*, en Problemas fundamentales de Derecho Penal, Tecnos, Madrid, España, p. 19; MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho penal mexicano, pp. 398 y s.

[126] Existen algunos penalistas que, colocándose en una posición ecléctica sostienen que la concepción formal o jurídica y la concepción naturalística o material no se contraponen antes bien, se complementan y por lo tanto, ninguna de ellas debe ser suprimida por desempeñar ambas funciones indispensables y por estar igualmente proveídas de sólido fundamento, CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho penal mexicano, parte general, p. 199; PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho penal, pp. 182 y s; PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la parte general del Derecho penal, pp. 328 y 329; sin embargo, creemos que no hacen falta más argumentos que los anteriormente expuestos para poner de manifiesto el error en que se encuentran quienes así hablan de resultado jurídico en el sentido de lesión o daño a bienes o intereses protegidos por el Derecho, pues, difícilmente podríamos percibir el sólido fundamento y la función indispensable

como excluyente de responsabilidad en el artículo 15, fracción X, del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, se requiere como presupuesto un actuar lícito, cuidadoso y precavido del agente, el que aunado a una causa ajena e incontrolada, propicie un resultado típico, aunque por lo mismo impredecible".

Al igual que sucede con el concepto de acción, el concepto de causalidad sólo adquiere sentido en Derecho Penal, en la medida en que sea objeto de una valoración en un determinado contexto. Una misma acción (por ejemplo: inducir a una persona a que vuele en un avión), puede o no tener relevancia jurídica (según sepa o no el inductor que un terrorista ha puesto una bomba en ese avión y ello, tanto en un caso como en otro, desde el punto de vista puramente causal la acción de convencer a otro para que viaje en un avión sea causa de su muerte, si el avión se cae). Del mismo modo, conexiones causales equivalentes, como por ejemplo matar a alguien disparándole o dejándolo morir de hambre, son valoradas de forma diferente por el Derecho Penal, que sólo imputa resultados derivados de una omisión cuando el que omite tiene un especial deber de evitar ese resultado.

En palabras de MAURACH,[127] el sentido atribuido a la acción por la teoría final de la acción, no solamente provocó la posibilidad de dar nueva vida al concepto de ésta (causalidad), sino además permitió una utilización metódicamente correcta del elemento causal. De ahí que la problemática de la causalidad sólo se extienda al homicidio, lesiones corporales, incendio y, en casos excepcionales, al fraude y al robo. Pero ni aún en estos casos debe sobrevalorarse el papel de la causalidad: *la afirmación de la existencia de la relación causal no supone como consecuencia necesaria la presencia de un hecho punible, así como su negación tampoco supone la ausencia de delito.* PAVÓN VASCONCELOS explica que esta misma teoría proclama, por una parte, que la acción humana es un acontecimiento de la voluntad que persigue un fin concreto y que, por ello, no constituye un proceso causal ciego. Consecuentemente, incongruente sería hablar de una acción cuando el resultado típico no fuera consecuencia de la voluntad dirigida hacia él.[128]

También en la causalidad de la omisión encontramos una combinación de puntos de vista empíricos y normativos.[129] En esta materia se halla en primer plano la cuestión normativa acerca de la conducta que cabía esperar del autor en la situación concreta, cuestión que sólo puede ser decidida según las exigencias del ordenamiento jurídico y social. No obstante, teniendo en cuenta que la acción esperada apunta hacia la evitación del resultado, un examen empírico tiende a impedir la producción del resultado, tanto en forma general como de acuerdo a la situación concreta; pero, si de lo que se trata es, no de elaborar un teoría "científica", sino de saber cuándo podemos entender un proceso determinado como la acción de matar, de robar, etc., entonces no puede haber criterios generales, sino sólo prácticas, interpretaciones y nuevas prácticas. Y sólo podremos reducir al mínimo la inseguridad si sabemos dónde reside, si sabemos que radica en la evolución de nuestras prácticas —y consiguientemente, de los sentidos que atribuimos a las acciones— y no pretendemos eludir el problema transformándolo en una cuestión conceptual —esto es, mediante un cambio de categoría que sólo puede generar confusión.

[127] Derecho penal, parte general, p. 305.

[128] PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, La causalidad en el delito..., p. 127.

[129] En los delitos comisivos normales la imputación objetiva presupone inexcusablemente que exista relación causal material entre la acción y el resultado, pues sin relación de causalidad, o sin estar ésta comprobada, ya no se discute si se imputa jurídicamente ese resultado; en cambio, en los delitos de comisión por omisión o supuestos de omisión impropia no hay causalidad material entre la conducta omisiva y el resultado, pero sí imputación objetiva de éste a la omisión conforme a criterios estrictamente normativos.

En resumen, se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo.

2. *La omisión*

Del artículo 7º del Código Penal Federal se desprende que no sólo la **acción**, sino también la **omisión** originará la presencia de un delito si se encuentra sancionada por la ley. Efectivamente, el Derecho Penal junto a las prohibiciones —norma de determinación que exige abstenerse de realizar una determinada acción o provocar un determinado resultado— existen los mandatos, que obligan o exigen la realización de una acción determinada.

Ciertamente, también en la **omisión**, la capacidad de realizar intenciones por medio de la actitud pasiva condiciona la posibilidad del significado, esto es, también aquí la intención subjetiva aparece como un prerrequisito de la intencionalidad objetiva,[130] como se demuestra en las tesis siguientes:

[130] Al respecto Gimbernat Ordeig, Enrique. Estudios de Derecho penal, Tecnos, Madrid, España. 1990, p. 197, explica que en Derecho penal nos podemos encontrar con comportamientos de una persona en los que su única relación con el resultado (no evitado) ha consistido en una inactividad sin mezcla alguna de comportamiento activo.

"**CONTRABANDO, DOLO ESPECÍFICO EN EL DELITO DE.** El texto originario de la fracción I del artículo 242 del Código Fiscal de la Federación, incluía expresamente entre los elementos constitutivos del delito de contrabando que definía, la omisión deliberada de los impuestos, lo que determinaba no un dolo genérico, sino por el contrario específico, atento a lo cual la prueba de tal dolo era indispensable para que la acción fuera culpable; por lo tanto, para que se configurara plenamente el tipo en los términos del texto citado, durante su vigencia, debía ser probado el elemento intelectual del dolo, esto es, la voluntad de causar un resultado dañoso. Ahora bien, por lo dicho, se comprende que la presunción del dolo genérico establecida por el artículo 9 del Código Penal Federal, por sí sola no resultaba suficiente para determinar la responsabilidad penal. Por otra parte, si bien es cierto que la presunción a que se refiere el artículo 243, a partir de la reforma del 29 de diciembre de mil novecientos sesenta y uno, o 244, en los términos de las adiciones y reformas de 30 de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, se refiere la dicha presunción a la consumación del delito de contrabando, más no a la presunción de responsabilidad del agente, también es cierto que el artículo 243 en su texto original expresaba que el delito de contrabando se consideraba consumado desde el momento en que en cualquiera de los trámites que presenta el despacho de las operaciones aduanales, se cometiera voluntariamente una violación a la Ley Aduanal que tuviera o pudiera tener como resultado el menoscabo de los intereses fiscales".

"**DESOBEDIENCIA A UN MANDATO JUDICIAL.** No es procedente estimar como consumado el delito de desobediencia judicial, si antes no se usan las medidas de apremio fijadas por la ley, en cada caso; pues no se debe castigar como delito, una pura omisión sin dolo, y debe asegurarse la existencia de una desobediencia deliberada y no puramente ocasional o debida a ignorancia".

Es por ello que el planteamiento propuesto, ampliamente compartido por la doctrina actual, ha de llevar a una consecuencia que a menudo se desconoce: si en Derecho Penal la presencia de una omisión no depende del carácter físico-naturalístico de una conducta como activa o pasiva, sino de la estructura del tipo y de su significado como base de la infracción de una norma penal preceptiva, no podrá decidirse la existencia de una omisión, en el sentido del Derecho Penal, antes de contemplar el tipo legal. Según esto, ni la problemática de la acción positiva, ni mucho menos aún, la de la omisión pueden resolverse desde la perspectiva naturalística. Ambas precisan pautas normativas, que son, en ambos casos, determinantes.

PLASCENCIA VILLANUEVA[131] entiende que la omisión es dejar de hacer algo previsto por la ley, por ende, la conducta omisiva no implica algo tan simple como la falta de movimiento corporal, pero sí la voluntad de no realizar el acto que, de haberse efectuado, no hubiera lesionado o puesto en peligro un bien jurídico.

El comportamiento prohibido en el delito de omisión, es por consiguiente, en principio, la no realización de la acción mandada, lo que se ordena hacer; en los delitos impropios de omisión, es la acción cuya omisión "corresponde a la realización del supuesto de hecho legal por un hecho positivo".[132]

1. Estructura ontológica de la omisión. La omisión es, sin duda, al lado de la acción positiva, una forma de conducta humana que, en ocasiones, puede revestir exactamente el mismo significado social que ésta. Pero es una forma de conducta ontológicamente distinta a la acción positiva. Por eso resulta en vano buscar en la omisión exactamente los mismos elementos y las mismas cualidades que en el hacer activo.

En palabras de ARMIN KAUFMANN,[133] no se trata de un concepto negativo sino limitativo: la no realización de una acción comprendida en la capacidad de acción del sujeto, comprendida por la finalidad potencial del mismo. Por lo cual —concluye el autor— que la omisión es la no realización de una acción finalista que el sujeto podía realizar en la situación concreta en que se hallaba.

Ahora bien, la diferencia entre acción en sentido estricto, como comportamiento activo subsumible en un tipo penal y omisión, no puede realizarse en el plano normativo, sino en el plano ontológico, puesto que los conceptos jurídicos de acción y omisión deben

[131] Teoría del delito, p. 58.

[132] *Cfr.* HANS-HEINRICH, Jescheck, Tratado de Derecho penal, p. 544, con todo, en esta cuestión no cabe proceder esquemáticamente según un "principio de intervención" supuestamente válido, a cuyo tenor en los delitos de omisión los fenómenos equivalentes sólo podrían tener efectos inversos, y únicamente se producirían efectos iguales cuando los fenómenos subyacentes presentaran estructuras inversas. Más bien, debe hacerse, caso por caso, una transformación conforme a sentido de las categorías de pensamiento desarrolladas para los delitos de comisión, con el fin de adecuarlas a los delitos de omisión. Puesto que la omisión no posee la misma realidad que el hecho positivo, sino que sólo puede ser concebida como frustración de la expectativa referida a una determinada acción posible para el autor, han de incluirse en el campo de la omisión elementos carentes de paralelo en los delitos de omisión. Mediante estas transformaciones y complementos, la estructura de los delitos de comisión se configura con mayores complicaciones que en los delitos de omisión.

[133] Citado por CEREZO MIR, José, Derecho penal, parte general (lecciones 26-40) Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España. 2000, pp. 219-220.

desnormativizarse para que en ellos puedan subsumirse comportamientos vitales reales.

En este plano ontológico, la omisión no tiene una categoría ontológica independiente: no existen omisiones en sí mismas consideradas. Cuando se dice que alguien "ha omitido", debemos inmediatamente referirnos a continuación a lo que ha omitido, que no es más que una acción (no se pueden omitir objetos o deseos, sólo se omiten acciones); en este sentido se pronuncia la tesis I.2o.P.48 P, novena época, tomo: XIV, Octubre de 2001 sostenida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta y visible en la página 1118, bajo el siguiente rubro y texto:

> **"DOLO EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN DE UN DELITO. PARA QUE EXISTA ES NECESARIA LA DECISIÓN DEL AUTOR DE PERMANECER INACTIVO.** Para que exista dolo en un delito por omisión, el autor tiene que, por una parte, conocer por lo menos la posibilidad de una intervención que impida la producción del resultado y, por otra, tener la disposición de asumir la lesión del bien jurídico como consecuencia del propio comportamiento; de otra manera faltarían los elementos característicos del dolo, es decir, conocimiento y voluntad. En este sentido, no es factible hablar de una decisión de permanecer inactivo, que pueda entenderse como resolución de la voluntad, cuando no está probado en autos la decisión por parte del ahora quejoso (voluntad) de dejar que las cosas sigan su curso a la vista de una evolución peligrosa, verbigracia, dejar todos los días las averiguaciones previas que tiene a su cargo en la oficina, en condiciones que denoten la probabilidad de su pérdida por no haber un lugar especial donde puedan guardarse. En tal supuesto, no es factible hablar de una decisión de permanecer inactivo, que pueda entenderse como resolución de la voluntad, a lo sumo es posible deducir que el quejoso produjo un resultado típico que previó confiando en que no se produciría en virtud de la violación de un deber de cuidado, porque al no representarse al borde de la conciencia la acción ordenada, resulta evidente la falta de decisión.

2. La causalidad en la omisión. Existen supuestos en la realidad en los que la distinción entre acción y omisión no es tan sencilla, sino que por el contrario, puede resultar francamente complicada. Es por ello que la doctrina dominante delimita comisión y omisión en base al criterio de causalidad.[134] Para algunos, ello significa que se parte de

[134] CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, La relación de causalidad en el acto y en la omisión, Revista Mexicana de Derecho penal, julio-agosto, México. 1965, pp. 93 y ss.; DAZA

consideraciones de base real-efectiva y no valorativa. Sin embargo, también aquí es preciso apuntar que no se trata de cualquier causalidad, sino concretamente, del proceso de causación del resultado típico,[135] como se observa en el criterio jurisprudencial que se cita:

> **"LESIONES, LA OMISIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE NUEVO LEON DE PREVER UN PLAZO DENTRO DEL CUAL SE DEBEN TENER COMO MORTALES, VIOLA LAS GARANTIAS DE EXACTA APLICACION DE LA LEY Y DE OBSERVANCIA DE LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO.** Para cumplir con las garantías que establecen los párrafos segundo y tercero del artículo 14 constitucional, la ley penal debe, por un lado, garantizar una adecuada defensa de los procesados y, por otro, señalar los requisitos de certeza necesarios para evitar confusiones y lograr la exacta aplicación de sus disposiciones. En efecto, identificándose el enlace entre las lesiones y la muerte, con una relación natural de causa a efecto, la certeza de esta causalidad requiere del señalamiento de una dimensión temporal que sólo el legislador puede válidamente fijar, pero cuya omisión origina el riesgo de que por quedar indeterminada e imprecisa la temporalidad dentro de la cual opera legalmente dicha vinculación,

GÓMEZ, Carlos, Teoría general del delito..., pp. 313 y s.; Malo Camacho, Gustavo. Derecho penal mexicano..., p. 456; MONTERROSO S. Efraín. La omisión, Criminalia, enero-abril, México. 1992, pp. 95 y ss.; PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. La causalidad en el delito..., pp. 52 y s.; PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Teoría del delito..., pp. 58-69; en contra véase GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. La responsabilidad penal de los médicos y demás profesionales en ciencias de la salud. El delito de omisión en la actividad curativa, en Revista Mexicana de Justicia, No. 10, Procuraduría General de la República, México. 2000, pp. 84, al referirse que el problema radica sin embargo, en que no existe causalidad entre la omisión y el resultado, sino que se tienen que atender a los criterios de imputación bajo fórmulas de la atribución que contempla el artículo 8º del Código Penal. En los delitos de omisión es desafortunada la fórmula de la *conditio sine qua non* para atribuir el resultado.

Lo que aquí es válido aplicar es la capacidad del autor para modificar el curso causal. Si de determina una diferencia de resultado entre la acción ejecutaria y su omisión, o entre la omisión llevada a cabo y la acción hipotética, debe darse la causalidad del comportamiento realmente ejecutado.

[135] *Cfr.* En este sentido STRATENWERTH, Günther. Derecho penal, parte general, I, el hecho punible, EDERSA, Madrid, España. 1982, p. 303, al referir que la discusión tiene más de un siglo y que todavía no se ha cerrado, sobre si la omisión es causal en la misma forma en que lo es el comportamiento activo, con relación al resultado jurídico-penalmente relevante, en la práctica resulta carente de significación. Pero por otra parte, dejando de lado lo que se piense sobre la causalidad de la omisión, lo cierto es que el requisito decisivo será siempre la posibilidad de evitar el resultado, cuestión que se deberá resolver recurriendo a una causalidad hipotética pero no real.

se pierda la certidumbre o seguridad de conceptos tan trascendentes para los gobernados, pues por el transcurso del tiempo surge la eventualidad de que causas ajenas a la lesión interfieran en el resultado, dificultando la exacta aplicación de la ley, por omisión de ésta. El Código Penal para el Estado de Nuevo León, que entró en vigor el veintinueve de agosto de mil novecientos ochenta y uno, al suprimir el establecimiento del plazo dentro del cual debe tenerse como mortal una lesión, vulnera la garantía de exacta aplicación de la ley, garantía que en su cabal comprensión ha de abarcar tanto los actos propios de aplicación como la ley misma, respecto de la cual se debe exigir la certeza que permita una aplicación precisa a fin de lograr la seguridad jurídica que persigue dicha garantía; además, con la indeterminación temporal se conculcan las formalidades procesales de defensa pues se pierden, debilitan o desvanecen las posibilidades de obtener los elementos de convicción que habrían de aportarse para demostrar hechos distintos a los originalmente imputados y allegar al proceso, en consecuencia, los que resulten idóneos, conducentes y eficaces en relación con el delito que finalmente se le atribuya al procesado. Entonces, al no estar concebido el Código Penal de que se trata, específicamente en sus artículos 308, 309 y 312, de manera tal que los destinatarios de dichas normas tengan la certeza de los hechos que se les imputan y se garantice así su audiencia respecto de hechos ciertos, ha de considerarse que tal ordenamiento sustantivo, en lo relativo, es violatorio de la Constitución General de la República".

Esto es, al Derecho no le importan las relaciones causales en el sentido de la mecánica, sino, únicamente, si la acción que le era posible al omitente hubiera impedido el resultado. Por ello, la acción omitida se encuentra respecto del resultado producido en la conexión legal que constituye la causalidad en el hacer positivo, siempre que el hacer imaginado hubiera impedido el resultado, procediendo en otro caso considerar sólo la tentativa (artículo 12 del Código Penal Federal). De ahí que la fórmula usual de comprobación de la teoría de la condición, empleada para el verdadero hacer, se modifique para la omisión, de modo que se afirma la causalidad "cuando no cabe imaginar la acción esperada[136] sin que desaparezca el resultado". De este modo, el fundamento para hacer responsable a un sujeto por comisión será que su comportamiento haya causado el resultado expresado en el correspondiente tipo.

Por ejemplo, en lugar de suministrar novocaína, que era lo indicado para anestesiar al paciente, se le suministra cocaína, por lo

[136] Con mayor detenimiento véase *infra* 2), 3.

que perece: puesto que el resultado letal es imputable a una acción positiva —suministro de cocaína— que constituye delito, no cabe plantear la existencia de un delito de omisión por no haber suministrado novocaína. Por amabilidad A lleva en su coche a B, que se encuentra bajo los efectos del alcohol, pero cuando éste le insiste en querer conducir, deja que lo haga, lo que motiva un accidente: el resultado lesivo no se debe a ninguna conducta positiva de A que constituya delito, pues el acceder a que B tome el volante sólo tiene el significado omisivo de no haberlo impedido.

El valor causal de la omisión se determina mediante la misma fórmula práctica, sólo que invertida, utilizada para la acción positiva. La omisión tiene un valor causal si, colocada mentalmente la acción omitida, mediante un juicio hipotético, el resultado no se habría producido.

Por ejemplo, la omisión de hervir la jeringa tiene un valor causal respecto a la infección sufrida por varios pacientes, si de haberse hervido se hubieran destruido los agentes patógenos que originaron la infección.

Así, la trascendencia práctica del problema estriba en que para sancionar la omisión que produce un resultado típico, es preciso que concurra un elemento adicional que limita el ámbito de las conductas típicas: la posición de garante.

Son ilustrativas al respecto las palabras del jurista mexicano MALO CAMACHO: en el tipo omisivo simple, la conducta delictiva en cuanto exteriorización de la voluntad, no existe y, por lo mismo, no se requiere un nexo de causación entre esa conducta prohibida y el resultado, sino que, en todo caso, cuanto se requiere es un "nexo de evitación", es decir, la no realización voluntaria o involuntariamente, de una conducta que en base a la experiencia implica la interrupción del proceso causal que puede llevar al resultado típico; proceso que presupone una reflexión del agente acerca del contenido de la evitación, que es más o menos similar al que se opera respecto del delito comisivo, en relación al nexo de causación, sobre el cual reflexiona el agente en base a su experiencia.[137]

Esta restricción de posibles autores de los delitos de comisión por omisión se explica fácilmente si se tiene en cuenta que el número de omisiones con valor causal respecto a un mismo resultado tiende virtualmente al infinito, precisamente porque la omisión opera como condición negativa. El hacer activo, en cuanto condición positiva, tiende a individualizarse por sí mismo como causa del resultado típi-

[137] MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho penal mexicano, p. 456.

co. En cambio, no sucede lo mismo en la omisión. Causante de la muerte del ahogado es quien lo arrojó al mar. El número de personas que, con su omisión, no impidieron el resultado es virtualmente indeterminado: todas las que, pudiendo salvarlo, no lo hicieron.

El Derecho Penal individualiza, entre ese número indeterminado de omitentes, la imputación objetiva del resultado no impedido, mediante la característica típica no escrita de la **situación de garante**. En los casos de comisión activa, la imputación objetiva del resultado depende, como hemos visto, de dos presupuestos: a) existencia de un nexo causal y, b) relevancia de ese nexo conforme al sentido del tipo. En los casos de comisión omisiva, depende de tres: a) que la omisión sea condición negativa del resultado (nexo causal), b) que tal acción negativa aparezca como generalmente apropiada para no impedir el resultado (relevancia del nexo causal) y, c) que la omisión tenga lugar hallándose el omitente en **situación de garantía**.

Finalmente, conviene recordar que dado que la omisión es una subespecie de comportamiento humano englobable en el concepto jurídico penal de acción, las causas que excluyen la acción son penalmente aplicables a los supuestos de omisión.

a. *La relación de causalidad en las infracciones de comisión por omisión*

Además de la existencia de la omisión equiparable a la acción y el resultado, se hace precisa la existencia de una relación de causalidad entre ambas.

Para este efecto, debe vencerse un importantísimo obstáculo, consistente en que nada puede producirse de la nada *(ex nihilo nihil fit)*. Se plantea la posibilidad de que la actuación hubiera evitado el resultado, afirmándose la relación de causalidad hipotética cuando así sea. Existirá la relación cuando del actuar conforme al mandato legal de evitar la producción del resultado, éste se hubiese evitado. Para apreciar esta relación se han planteado distintas teorías, en particular, la teoría de la adecuación de la causa o causa adecuada o eficiente. La causalidad, conforme a la teoría de la imputación objetiva, debe valorar el incremento del riesgo derivado de la falta de acción, como el fin de la protección de la norma, en este caso prohibitiva, de un resultado.

b. *La posición de garante en la comisión por omisión*

Las dificultades en la apreciación de la causalidad han conducido a interpretar su existencia en la verificación de la capacidad del sujeto

activo frente a la situación que se materializa en el resultado; esto es, en la determinación de la posibilidad de la evitación del resultado por su parte. El sujeto que se encuentra en posición de evitar el resultado, se dice que tiene una posición de garante.[138]

---

[138] En diversas pláticas académicas con el Maestro Ricardo OJEDA GÁNDARA, a virtud de la reforma penal que el Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión en marzo de 2004, en donde, entre otros temas, se contemplan reformas al artículo 7º , párrafo segundo, del Código Penal Federal, en lo relativo a los delitos de comisión por omisión, hemos coincidido en algunos planteamientos sobre el tópico, que amablemente sistematizó para aportarlas en foros de análisis y cuyo contenido esencial es:

Se argumenta que, antes de las reformas penales de 1994, cuando no se contemplaba en nuestro ordenamiento penal (en ese entonces con dualidad de fueros: federal en toda la República y común en el Distrito Federal), la calidad de garante, en los delitos conocidos como de comisión por omisión, se violaba el principio de *nullum crimen nulla poena sine lege*. Compartimos esa opinión, pues consideramos que, efectivamente, a raíz de su inclusión, en el segundo párrafo del artículo 7º, ello representó un avance legislativo, ya que a partir de ese momento puede hablarse de esta clase de delitos con toda propiedad en la ley. Es cierto que, como se argumenta en el proyecto de reforma al Código Penal presentada por el ejecutivo en 2004, en cuanto a la manera de regulación de los delitos de comisión por omisión, se adoptó el sistema de *númerus apertus*, consiste en que, en la parte general del Código se establece una cláusula amplia, tan amplia que bien puede ser aplicada absolutamente a todos los delitos que se contienen en la parte especial del ordenamiento. Sin embargo, sobre este punto diferimos en la manera en que se lleva a cabo dicha regulación, pensando que sería más apropiado adoptar el régimen diverso, conocido como *numerus clausus*, en el cual el legislador incluye en una lista cerrada los delitos de resultado material que -además de su forma activa-, serán susceptibles de ser sancionados cuando se cometan a través de una omisión. Creemos que hay delitos que, por su propia naturaleza, es decir, atendiendo al verbo rector de la descripción legal, pueden ser cometidos únicamente a través de acciones, como, por ejemplo, 'apoderarse', en el robo, 'copular' y —en general- 'realizar actos sexuales', en la violación y en el abuso sexual, respectivamente, 'amenazar' (no pasa por alto que se discute si en éstos existe resultado material), etc., de tal manera que, en esos y en similares casos, la posibilidad de incurrir en su comisión mediante una omisión o un no hacer, debe quedar excluida. Efectivamente, si en el discurso introductorio del proyecto de reformas se dice que se respetará el principio de intervención mínima del Derecho Penal, y si en verdad lo que se pretende es generar seguridad jurídica en la ciudadanía, entonces debe limitarse al máximo la aplicación de esta rama del Derecho, eliminando del catálogo punitivo las conductas omisivas que pudieran dar lugar a la imposición de una sanción, cuando de antemano se sabe que no es factible cometer ciertos delitos por medio de inactividades. Ahora bien, el aspecto medular de la reforma, en lo que a este punto se refiere, no es tanto la manera de regular la comisión por omisión, sino, antes bien, las fuentes de que debe derivar la calidad de garante. Para introducirnos a este tema, se hace necesario recordar que, de acuerdo al Código Penal Federal, los delitos pueden presentarse a través tanto de acciones como de omisiones, como se desprende de su famoso artículo 7º, en el que se recoge el llamado principio de acto o conducta, mismo que se contrapone al Derecho Penal

de autor, lo que significa que sólo se debe castigar a las personas por lo que hacen o por lo que dejan de hacer, más no por su personalidad, por sus tendencias, por su forma de ser o de vivir. Luego, la doctrina se ha encargado de subdividir a las omisiones, por una parte, en las simples, que pueden ser cometidas por cualquier persona, son meras inactividades cuyo resultado es formal y violan una norma imperativa o preceptiva, que es la que obliga a actuar; por otro lado están las omisiones complejas o compuestas (comisión por omisión), que no pueden ser cometidas por cualquiera, sino exclusivamente por el sujeto que tenga calidad específica de ser garante del bien jurídico en cuestión, esto es, que tenga el especial deber jurídico de evitar el resultado, que en estos casos es material y, por último, se dice que vulneran dos clases de normas, puesto que, como omisiones que son, inician trastocando la norma imperativa o preceptiva, pero —digámoslo así- se prolongan y afectan también una norma prohibitiva, que es, obviamente, la que ordena no hacer. De ahí la importancia de establecer si alguien tiene o no la específica calidad o posición de garante del bien jurídico. Hasta ahora, la ley señala como fuentes de esta calidad, a saber: la ley, el contrato y el actuar precedente. En el proyecto de reforma se señala que son estas fuentes las que han motivado que el correspondiente numeral casi no se aplique, por la problemática que encierra. Discrepemos de la anterior afirmación, pues la percepción que personalmente tenemos es de que, si en la práctica no son abundantes los delitos de comisión por omisión, ello no se debe a la manera en que están reguladas en la ley las fuentes de la posición de garante, sino a circunstancias de la propia vida, al mismo estilo de vivir y, desde luego, de delinquir, en que las conductas positivas o de acción, en forma proporcional, son enormemente mayores con respecto a las negativas o de omisión. No nos parece acertado que en el proyecto se diga que "La ley como fuente de la calidad de garante es problemática, ya que con tal expresión se hace referencia a cada una de las normas generales y abstractas, federales o locales, que conforman el sistema jurídico mexicano: Precisamente, por ser esa fuente demasiado extensa, genera en la práctica una inseguridad incontrolable e incompatible con las garantías de legalidad y certidumbre". Si bien es verdad que, inclusive para los juristas y con mayor razón para las personas que carecen de conocimientos jurídicos, resulta difícil conocer totalmente la ley (algunos autores han dicho que nos encontramos ante una selva o un oleaje legislativo), evidentemente es cierto que no hay nada mejor que vivir bajo su sombra y su cobijo, en un auténtico Estado de Derecho, en el que nada ni nadie esté por encima de ella y en el que absolutamente todos los actos de la autoridad estén sometidos al imperio legal. Si es un problema que las leyes sean muchas, hay que reducir su número (desde hace bastante tiempo se viene pugnando por la unificación del Código Penal, tanto sustantivo como adjetivo), pero nos parece que no es válido afirmar que ello torna incontrolable la seguridad y que genera incompatibilidad con las garantías de legalidad y certidumbre. Antes, por el contrario, pensamos que problemas más graves se presentarían cuando, existiendo una ley que constriña a alguien en tal o cual sentido ¿qué pasará si no actúa como de él se espera?, ¿deberá responder jurídico-penalmente o no?. Se tendría que optar por cualquiera de dos soluciones igualmente indeseables: o se ignora esa ley, o bien, se le sanciona a la persona sin estar regulada legalmente la fuente de la que deviene su calidad específica de garante. Por lo que hace al contrato, se dice en la propuesta de reforma que debido a su connotación civilista y a los requisitos que debe cumplir, puede usarse como ardid para retardar el procedimiento, por lo que su substitución por el término "aceptación/asunción efectiva de la obligación" nos parece acertada, pues elimina requisitos engorrosos, de pura forma, sin afectar el fondo de la cuestión, que es el

Para que un sujeto asuma la posición de garante se hace preciso no sólo la posibilidad fáctica de actuar, sino que esta posibilidad debe estar remarcada por una exigibilidad de evitar el resultado, derivada de una determinada relación jurídica.

Por ello, el ordenamiento jurídico en su conjunto sirve como criterio para valorar jurídicamente la posición de evitar un resultado. Como consecuencia, el salvavidas de una piscina que presta más atención a sí mismo que a su labor y no impide un ahogamiento, tiene una situación distinta de mero visitante de la misma que, en su caso, responderá de un delito de omisión pura del deber de socorro, pero no de homicidio, doloso o imprudente, según los casos.

Esta posición de garante puede surgir por alguna de las fuentes siguientes:[139]

acuerdo de voluntades, de manera que no se aprecia que irrogue agravio alguno o vulnere garantías en los casos en que se aplique. Igualmente, en lo que toca al actuar precedente, cabe decir que es una figura que siempre resultó un tanto ambigua. Al no entenderse con claridad a qué se refería concretamente. En lo académico, no era raro encontrar alumnos que preguntaban sobre su contenido, alcances y pedían ejemplos al respecto, situación que también se presenta en la práctica forense, con litigantes, agentes del Ministerio Público, personal de apoyo en los tribunales, incluyendo —inclusive— algunos jueces. Por ello, nos parece acertado que se limiten en forma específica los supuestos de su procedencia. Por otra parte, aunque es noble señalar que no basta ser garante para responder penalmente, sino que es indispensable estar en posición de poder evitar el resultado, bajo el argumento de que, de no disponerlo expresamente, se podría llegar a excesos, consideramos que esta misma situación ya se encuentra contemplada y debe estudiarse al ocuparnos de la culpabilidad, concretamente al tratar de la exigibilidad o no de otra conducta. En ambos casos no existirá el delito, pero como lo plantea la reforma será por falta de tipicidad, sin ninguna consecuencia jurídica; en tanto que nosotros tendríamos que afirmar la tipicidad y la antijuridicidad, por ende el injusto penal, dando lugar a no tener por aprobado el hecho y solamente perdonar al autor, por no existir culpabilidad, pero ello no lo liberaría de posible responsabilidad civil, ni de aplicación —que no de pena— de una medida de seguridad. Además, si se le da tratamiento de causa de atipicidad, por ser un hecho lícito, no sería posible hablar de participación de otros posibles coautores, mientras que si lo manejamos como causa de inculpabilidad, al quedar afirmado el injusto y por el principio de que cada uno responde en la medida de su propia culpabilidad, sí sería dable analizar la posible participación de otros sujetos. La disposición relativa a que la inactividad debe ser equivalente a la actividad descrita en el tipo, constituye la esencia de estos delitos, tan es así que, precisamente por eso, se llaman "de comisión por omisión", tal vez hasta pudiera decirse que es redundante; sin embargo, el que expresamente se mencione en la ley en nada afecta y sí hace más garantista la disposición, por lo que se estima correcta su inclusión. El párrafo final que propone la reforma es afortunado, al establecer que se imputará el resultado material de manera directa y activa, al que evite que el garante realice la acción esperada, pues de otra manera quedarían impunes esa clase de actos.

[139] Artículo 7, párrafo segundo, última parte, del Código Penal Federal.

El que omite impedirlo, tenía el deber de actuar para ello, derivado de:

1. una ley,
2. un contrato, o
3. de su propio actuar precedente.

c. *La acción esperada*

En una sociedad compleja, las personas persiguen sus objetivos de tal modo que continuamente hacen algo u omiten algo de forma alternativa, lo cual se puede mostrar de manera óptima en el ejemplo de la conducción de un automóvil: se acelera o no se acelera, se gira a un lado o no se gira a otro lado y lo que antes todavía era un hacer activo, por ejemplo acelerar, se ha convertido en una omisión en un coche moderno con un mecanismo automático de regulación de la velocidad. Ante esta situación se impone la sospecha de que toda la diferenciación entre acción y omisión hoy ya no sea especialmente importante.

A título meramente ejemplificativo, valga la referencia a GIMBERNAT ORDEIG, al referirse que en muchas ocasiones, sin, embargo, el comportamiento humano no se presenta de una manera tan problemática como estricta omisión, sino que aparece con una estructura compleja en la que se entremezclan en un mismo sujeto actividades causantes del resultado con inactividades no impedientes de éste.[140] Ello puede suceder incluso en un caso tan paradigmático de la omisión como el del guardia de paso a nivel: pues si éste llevaba ya algunas horas en su puesto de trabajo, el hecho de que las barreras *estuvieran levantadas* al tiempo del accidente (y esa circunstancia de que estuvieran levantadas es justamente la que fundamenta la responsabilidad penal), tiene su origen *tanto* en que el vigilante, *previamente* y después del paso del tren anterior, *había vuelto a levantar* (acción) dichas barreras.

Ahora bien, no toda omisión es jurídico-penalmente relevante, sino sólo la omisión de una acción ordenada y en tal sentido esperada por el ordenamiento jurídico penal. Así, la esencia de la omisión no radica en la simple inactividad, sino en un "no hacer" la **acción esperada**. No es necesaria siquiera la inactividad, es posible que el sujeto que tiene el deber de actuar, o bien actúe de ninguna forma (inactividad), o bien realice cualquier otra acción distinta a la esperada. Al ordenamiento jurídico le es indiferente que el sujeto permanezca inactivo o actúe en sentido diverso al exigido. La esencia es la omisión de la **acción esperada**.

[140] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Ensayos penales, p. 197.

3. Clases de omisión penalmente relevante. El problema central de la dogmática de los delitos de omisión es el de determinar cuándo el que se abstiene puede ser responsable del resultado, igual que si lo hubiera causado mediante una conducta activa o de participación delictiva igual que si hubiera contribuido positivamente al hecho principal (delito impropio de omisión o de comisión por omisión) y cuando no es el caso (delito de omisión propia).[141]

a. *Los delitos de omisión simple, propia (o pura)*

En estos delitos, el contenido típico está constituido por la simple infracción de un deber de actuar, es decir, son tipos de simple conducta o simple inactividad.[142] Las peculiaridades del tipo de omisión propia se centran, fundamentalmente, en el tipo objetivo común a las formas dolosas y culposas,[143] en el cual han de concurrir los elementos siguientes:

[141] *Cfr.* HANS-HEINRICH, Jescheck, Tratado de Derecho penal, p. 550, la distinción se remonta a Luden. Éste vio la esencia de los delitos propios de omisión en que consistirían únicamente en la infracción de un mandato y no se orientarían hacia la lesión de derechos subjetivos ajenos, mientras que los "delitos que se realizan mediante acciones omisivas" implicarían la dirección hacia la lesión de un bien jurídico. Según esto, la "impropiedad" del segundo grupo radica en que el autor no se limita aquí a la pura insubordinación, sino que a través de la omisión realiza un resultado que normalmente se produce por un hacer positivo. Según dicha concepción, los delitos impropios de omisión constituyen "en realidad" delitos de comisión.

[142] En el mismo sentido *cfr.* AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G. Derecho penal, p. 51; CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Derecho penal mexicano, parte general, p. 238; DAZA GÓMEZ, Carlos. Teoría general del delito, p. 307; GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. La responsabilidad penal de los médicos y demás profesionales en ciencias de la salud. El delito de omisión en la actividad curativa, pp. 83 y s.; MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho penal mexicano, p. 457; Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho penal mexicano..., p. 219; Plascencia Villanueva, Raúl. Teoría del delito..., p. 61.

[143] Como en los delitos imprudentes, hay que partir del baremo de un hombre mentalmente normal pero situado en la posición del autor, con sus conocimientos anteriores de la situación típica y del poder actuar externo, y también con las fuerzas físicas y mentales mayores o menores que pueden concurrir en una persona normal. Ello conduce a tener las facultades superiores de las que el sujeto pueda disponer voluntariamente; respecto a sus facultades inferiores, hay que tomar en consideración las que son imaginables en una persona mentalmente normal, pero no las que no son compatibles con esta normalidad. Y por lo que respecta al dolo, es considerado como integrante de la parte subjetiva de la modalidad dolosa.

a) **Situación típica**: es aquélla descrita en el tipo de la que cabe deducir en el caso concreto el contenido del deber de actuar.
b) **Ausencia de la acción esperada**: la situación típica viene constituida por una situación de desamparo que sufre una persona que se encuentra en peligro manifiesto y grave y la ausencia de peligro para quien socorre. La acción esperada por el ordenamiento jurídico consiste en "socorrer".
c) **Capacidad para realizar esa acción**: el sujeto que percibe la situación típica y que tiene el deber de socorrer, debe estar capacitado para poder cumplir con la acción exigida (capacidad personal de realizar la acción esperada).[144]

Para Armin Kaufmann, citado por Cerezo Mir, José. Derecho penal, parte general (Lecciones 26-40), p. 162, el dolo en la omisión no es otra cosa que la simple conciencia de la no realización de la acción para la que se tiene capacidad concreta de acción. Nos encontramos pues con dos tipos de omisión:

Omisión dolosa: es la omisión consciente, en la que el sujeto tiene conciencia de poder realizar la acción salvadora.

Omisión imprudente: es inconsciente; el sujeto conoce el fin pero no la concurrencia de su propia capacidad de acción.

Por tanto, frente a la estructura bifronte que caracteriza el dolo como elemento del tipo en los delitos de acción, en los delitos de omisión el dolo para Armin Kaufmann está constituido por un único elemento, el elemento intelectual: conciencia de la no realización de una acción que el sujeto podía realizar en la situación concreta en la que se hallaba.

En los delitos imprudentes de comisión por omisión no se evita la producción del resultado delictivo por infringir el cuidado objetivamente debido. Es pues, preciso que la no evitación del resultado sea consecuencia de no haber observado el cuidado objetivamente debido y que dicho resultado sea precisamente de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida. El elemento fundamental del tipo de los delitos imprudentes de comisión por omisión es por tanto la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

144 Cabe distinguir a estos efectos entre capacidad general de acción, que responderían al criterio de la capacidad individual de acción, referida en concreto al sujeto que se encuentra con la situación típica.

Existe capacidad individual de acción cuando el autor en el caso concreto hubiera podido actuar.

Cuando no existe capacidad general de acción, no puede existir omisión. Por ejemplo, cuando a la víctima los secuestradores se la llevan en nuestro coche y no tenemos ningún otro a nuestra disposición, nadie podría seguirle por sus propios pies, puesto que no existe capacidad general de acción.

Cuando existe capacidad general de acción todavía habrá que comprobar que existe capacidad individual de acción. Para ello habrá que tomar en cuenta:

a) Las fuerzas físicas particulares;
b) Las circunstancias que concurran en el caso concreto (medios al alcance de quien omite, etcétera);
c) La capacidad de quien omite de advertir la presencia de la situación típica así como del percibir el peligro en que se encuentra la víctima.

Como tipos de omisión propios aparecen en el Código Penal Federal, entre otros: artículo 158 fracción I: "se impondrá... al reo sometido a vigilancia de la policía que no ministre a ésta los informes que se pidan sobre su conducta"; artículo 176: "al empleado de un telégrafo, estación inalámbrica que conscientemente dejare de trasmitir un mensaje... o de comunicar al designatario el que recibe de otra oficina..."; artículo 178: "al que sin causa legítima, rehusare prestar un servicio de interés público a que la ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad...; artículo 179: "el que sin excusa legal se negare a comparecer ante autoridad a dar su declaración..."; artículo 182: "el que debiendo ser examinado en juicio... se niegue a otorgar la protesta de ley o a declarar..."; artículo 215, fracción III: "comete el delito de abuso de autoridad... cuando indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarle o impida la prestación o el curso de una solicitud"; fracción IV: "cuando estando encargado de administrar justicia... se niegue a despachar un negocio pendiente ante él"; fracción V: "cuando el encargado de una fuerza pública... se niegue indebidamente a dársela"; artículo 225, fracción I: "conocer de negocios... o abstenerse de conocer de los que le corresponda..."; fracción V: "no cumplir una disposición"; fracción VII: "ejecutar actos o incurrir en omisiones que..."; fracción VIII: "retardar o entorpecer..."; artículo 229: "el artículo anterior se aplicará a los médicos que... abandonen en su tratamiento sin..."; artículo 232, fracción II: "por abandonar la defensa de un cliente o negocio..."; fracción III: "al defensor de un reo, sea particular o de oficio, que sólo se concrete a aceptar el cargo... sin promover más pruebas ni dirigirlas en su defensa"; artículo 233: "los defensores de oficio que sin fundamento no promuevan las pruebas..."; artículo 277, fracción III: "a los padres que no presenten... o los presenten ocultando..."; artículo 335: "al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma..."; artículo 336: "al que sin motivo injustificado abandone a sus hijos..."; artículo 336 Bis: "al que dolosamente se coloque en estado de insolvencia con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la ley determine..."; artículo 340: "al que encuentre abandonado... a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera... si no diera aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarle el auxilio necesario cuando pudiera hacerlo sin riesgo personal"; artículo 341: "al que habiendo atropellado a una persona culposa o fortuitamente no se le preste auxilio o no solicite la asistencia que requiera pudiendo hacerlo...".

Se pueden presentar dificultades adicionales en los supuestos de hechos típicos penales que no caracterizan el suceso exterior sobre la base del resultado, o no sólo sobre esta base, sino que describen más precisamente el comportamiento como tal.

De todos modos, esto no se explica para los delitos propios de omisión, ya sea que se trate de delitos de pura "inactividad", o de delitos en los que la omisión y el resultado fundamentan conjuntamente la ilicitud. En todos estos casos, la ley describe los presupuestos bajo los cuales la omisión se puede considerar adecuada al supuesto del hecho típico.

Por lo que la omisión tiene una determinada estructura ontológica: consiste en la no realización de una acción que el sujeto podía llevar a cabo en una concreta situación, es decir, en la omisión no podemos hablar de una actividad finalista real, sino tan sólo potencial, pero ello no impide que posea una determinada estructura ontológica independiente de la acción. Con otras palabras: la omisión existe con independencia de todo juicio de valor por parte de los usos sociales, normas de la ética social o del Derecho.[145]

Todos estos delitos tienen en común una serie de elementos objetivos y subjetivos, las particularidades específicas de cada uno corresponde estudiarlas en la Parte Especial.

b. *Los delitos de omisión compleja, impropios o de comisión por omisión*

Los llamados delitos de comisión por omisión, o delitos impropios de omisión, constituyen uno de los institutos nucleares de la moderna dogmática del Derecho Penal; al mismo tiempo son una de las fuentes más importantes de expansión de la manifestación punitiva de difícil control, lo que puede poner en entredicho el principio de mínima intervención del Derecho Penal. En una primera aproximación a estos delitos, se pueden definir como la producción de un resultado penalmente típico que no fue evitado por quien pudo y debía hacerlo, es decir, por quien tenía la capacidad y el deber jurídico de actuar en la evitación del resultado típico (de lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico).

El primer elemento de toda omisión es que tenga lugar la situación base del deber de actuar, en la comisión por omisión no expresamente tipificada ha de integrar dicha situación la llamada **posición de garante** por parte del autor.

[145] CEREZO MIR, José. Derecho penal, parte general (Lecciones 26-40)..., p. 163.

Como señala ROMEO CASABONA, la posición de garante es un problema situado finalmente en el tipo de los delitos de comisión por omisión, gracias a la aportación de NAGLER, continúa siendo el punto de escape hacia la expansión de la sanción de estos delitos, y, en consecuencia, uno de los más necesitados de delimitación y restricción.[146] Posteriormente sería WELZEL, apoyado en alguna medida en parte de las aportaciones de NAGLER primero, pero sobre todo de ARMIN KAUFMANN después, quien mejor fijaría la estructura del tipo de los delitos de comisión por omisión, y posiblemente continúa vigente la validez de lo que podríamos identificar al menos como el esqueleto de esa configuración.[147]

Es por ello que de acuerdo con el criterio diferenciador de la doctrina dominante entre la omisión impropia y la propia, residiría en que mientras en la primera el omitente tiene una **posición de garante**, porque en virtud de un deber jurídico (extrapenal) de actuar garantizaría frente a la sociedad la integridad del bien jurídico lesionado, en la segunda, el omitente se encontraría desvinculado extrapenalmente del interés que protege el tipo penal en cuestión: esto es, la posición que destaca a una persona (o personas, según el caso) de entre todas las demás, que le hace responsable del bien jurídico-penalmente protegido, y que, en consecuencia y si no evita su lesión, le atribuye ésta igual que si la hubiera causado mediante una acción. El Código Penal Federal llega sin embargo a tipificar la posición de garante de acuerdo con el criterio material, distinguiendo tres supuestos de su origen: la ley, el contrato y, a partir del momento posterior del desarrollo de la dogmática, también del hacer precedente.[148]

Con la introducción en el artículo 7º, segundo párrafo, del Código Penal Federal de una regulación expresa de los delitos impropios de omisión, los jueces y tribunales se ven obligados a examinar todos los delitos de resultado incluidos en la Parte Especial y su posible realización en comisión por omisión, pudiéndose llegar a la sanción de conductas que hasta ahora no habían sido consideradas como merecedoras de pena; así queda asentado en la jurisprudencia siguiente:

[146] ROMEO CASABONA, Carlos María. Los límites de los delitos de comisión por omisión, en Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho penal en homenaje al profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España. 1994, p. 36.

[147] *Idem.* Sigue esta línea BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Delitos impropios de omisión, Buenos Aires, Argentina. 1970, pp. 143 y ss.

[148] En el mismo sentido Malo Camacho, Gustavo. Derecho penal mexicano..., p. 458.

"**EVASIÓN DE PRESOS, DELITO DE.** Quedó acreditado el cuerpo del delito de evasión de presos, cometido por imprudencia por el quejoso, si aunque no está demostrado que hubiera ayudado a los reos a evadirse o apoyado su intento, su falta de reflexión y de cuidado configuró su imprudencia punible. Se trata, pues, de un delito de comisión por omisión, porque no es el hacer activo, sino el omitir, que viola el deber de funcionario y al mismo tiempo la prohibición del artículo 175 del Código Penal, y la culpabilidad surge del deber por especial aceptación, porque el cargo aceptado lleva consigo un deber de vigilancia, y solo la imposibilidad de hecho para cumplir íntegramente la custodia, haría viable la exculpante. El alcaide juega el papel de «garantizador» de la situación que se le confía; y es idéntica la función de la enfermera que acepta el cuidado de un paciente grave y se duerme u olvida ministrarle los medicamentos o atenciones que requiere, lo que ocasiona la muerte de éste; el resultado es imputable a aquélla. Por lo demás, del tipo penal y de la situación de peligro deriva la culpabilidad culposa, puesto que el favorecimiento es comprensivo tanto de la acción como de la omisión; del dolo como de la culpa simple, con previsión o de olvido. La exigibilidad de la conducta al funcionario o empleado, por razón de su cargo, unida a la prueba de la evitación del curso causal a virtud de la acción esperada, demuestran que el no hacer, el no vigilar, el querer consciente contrario al deber, configuran el signo culposo, ya que la ley no reconoce el crimen culpable. No es solamente el deber de atención, que generalmente fundamenta la culpabilidad culposa, sino un especial deber de cuidado nacido del peligro conocido por el sujeto activo y aceptado como riesgo propio del cargo".

Por lo que respecto al Código Penal Federal, se presentan los siguientes artículos con la presencia de delitos de comisión por omisión:

Artículo 176: "al empleado del telégrafo, estación telefónica o estación inalámbrica que concientemente dejare de transmitir un mensaje que se entregue con objeto, o de comunicar al designatario, el que recibe de otra oficina si causare daño se le impondrá..."; artículo 225 fracción VII: "son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos... ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzcan un daño, concedan a alguien una ventaja indebida"; artículo 229: "...a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada, sin dar aviso inmediato..."; artículo 340: "Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le

impondrán de diez a sesenta jornadas de trabajo a favor de la comunidad si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarles el auxilio necesario cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal".

La respuesta a múltiples casos requiere el examen previo de dos cuestiones:

a) la relación causal entre la omisión y el resultado producido; y
b) el deber de evitar el resultado que incumbe al sujeto de la omisión (posición de garante).

Teniendo en cuenta la concreta regulación adoptada por el Código Penal Federal, es factible una interpretación teleológico-restrictiva del precepto, de modo que, si bien sea necesario en cualquier caso la concurrencia de un deber jurídico específico de evitar un resultado, se exija además que se haya producido la asunción fáctica de la función de protección del bien jurídico, con lo que llegaría a un concepto mixto formal-material de la posición de garante. De ahí que el texto literal de los delitos de comisión tuviera en otros tiempos que modificarse por triplicado en la aplicación a los casos de omisión contraria a deber: en primer lugar, se dio por supuesto que los tipos de comisión pueden realizarse, en definitiva, mediante la no evitación del resultado; en segundo lugar, y puesto que no todo mundo puede ser autor de un delito impropio de omisión, hubo que determinar, acudiendo a elementos restrictivos, cuál fuera el círculo de garantes que pueden ser autores; y finalmente, tuvo que admitirse que para la imputación objetiva basta un nexo causal hipotético.[149]

c. *Analogías y diferencias entre el delito de simple omisión y de comisión por omisión*

Conforme a CELESTINO PORTE PETIT, la distinción entre los delitos de simple omisión y de comisión por omisión, es:[150]

a) Con la simple omisión se viola una norma preceptiva penal. En los delitos de comisión por omisión, se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del Derecho y una norma prohibitiva.

[149] En el mismo sentido véase GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. La responsabilidad penal de los médicos y demás profesionales en ciencias de la salud. El delito de omisión en la actividad curativa..., p. 84.

[150] PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos de Derecho penal, pp. 320-321.

b) En los delitos de omisión simple existe un resultado típico y en los de comisión por omisión, un resultado típico y material.
c) En la omisión simple, lo que se sanciona es la omisión, a diferencia de los de comisión por omisión, en los que se sanciona no la omisión en sí, sino el resultado producido por ésta. En otros términos, en los delitos de omisión simple, el delito lo constituye la violación de la norma preceptiva (penal); en tanto que en los de comisión por omisión, lo constituye la violación de la norma prohibitiva.
d) El delito de omisión simple es un delito de mera conducta y el de comisión por omisión, es de resultado material.

II. Tipicidad

El delito, como hecho ilícito, se distingue de los restantes hechos antijurídicos, por una doble condición: la de atentar contra bienes e intereses fundamentales, del individuo y de la sociedad, y la de hacerlo mediante una forma de ataque grave que se considera socialmente intolerable. De ahí deriva el carácter fragmentario del Derecho penal y el principio de mínima intervención, conforme al cual la intervención del Derecho penal debe tener lugar sólo cuando para hacer cumplir la norma no convengan otros medios menos dolorosos que la pena, que debe ser concebida como *ultima ratio.*

En consecuencia, esa acción ha de ser típica,[151] esto es, ha de coincidir con una de las descripciones de los delitos que están reunidas en la parte especial del Código Penal Federal,[152] ejemplo de ello

[151] En su momento conducente SILVA MEZA, Juan. Reformas en el sistema penal mexicano, p. 262, se pronunció con las siguientes palabras: "que el 5 de septiembre de 1993 se introdujeron enmiendas a los artículos 16, 19 y 20 constitucionales, por las que desaparece el tradicional concepto procesal de *cuerpo del delito,* para ser sustituido por la concepción más moderna de *tipo penal.* Debemos destacar que las reformas de 1993 y 1994, la constitucional y la legal, han sido de las más trascendentes en los últimos tiempos. Ahora bien, este concepto de tipo penal es un elemento del delito que surgió en la teoría del delito alemana para explicar, entre otros aspectos, el carácter sustantivo de todo delito, así como para dar sentido al principio de legalidad. Dicho concepto ha tenido tradicionalmente un contenido de carácter sustantivo, sin embargo, precisamente a partir del 1º de febrero de 1994 en que entró en vigor la reforma a los ordenamientos procesales, consecuencia de las modificaciones constitucionales que comentamos se le dio un contenido eminentemente procesal".

[152] Precisamente la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma penal pone en acción los mecanismos penales adecuados para la prevención de futuros delitos. El fundamento material legitimador de la intervención punitiva del Estado estriba en la necesidad socialmente sentida, y formalmente expresada a

sería, quien mediante una determinada acción "sustrae una cosa mueble ajena sin derecho y sin consentimiento", realiza el tipo de robo (artículo 367 del Código Penal Federal),[153] en el que la conducta desplegada por el sujeto activo no queda en grado de tentativa, sino que llega a la consumación; en efecto se realiza la conducta típica de apoderamiento, la cual implica, en cuanto al sujeto pasivo, desapoderamiento, vulnerándose así el bien jurídico del patrimonio, al sustraer el responsable el objeto materia del ilícito y colocarlo bajo su poder de hecho; sin que sea relevante la circunstancia de que el sujeto activo no logre sacar el bien material del robo del local del ofendido por señalar un ejemplo, dado que ello, en última instancia, tendría significado en cuanto al agotamiento del delito, por el logro de la finalidad del acusado, pero es intrascendente en orden a la consumación, misma que ocurre desde el momento en que el sujeto activo toma el objeto, pues desde ese instante se ataca al bien jurídico tutelado, en razón de que el ofendido, en la hipótesis de querer disponer del bien, no puede hacerlo, por haber salido de su esfera de disposición.

La estricta vinculación a la tipicidad, es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege.*[154] Por consiguiente, no es posible derivar acciones punibles de principios jurídicos generales y, sin un tipo fijado, como ocurre en algunas consecuencias jurídicas civiles.[155]

1. *Tipo de injusto*

El injusto no consiste sólo en la relación entre la voluntad de la acción y la orden normativa, sino que radica igualmente tanto en la realización de la voluntad de la acción como en ese daño social que el

través de los representantes de la voluntad popular, de la protección de determinados bienes y valores que constituyen unidades de función social imprescindibles para la convivencia en sociedad, y cuyo reconocimiento jurídico-positivo les convierte en las categorías normativas de los bienes jurídicos, que son el objeto de protección de las normas penales. POLAINO NAVARRETE, Miguel, Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal, México, Porrúa, 2001, pp. 287 y s.

[153] Para ver con detenimiento el análisis del delito de robo sobre los elementos del tipo consúltese PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, El delito de robo simple. Complementado calificado, equiparado y de uso, México, ed. Trillas, 1991, pp. 24-89.

[154] En el mismo sentido véanse entre otras AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda, Derecho Penal..., p. 57; CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal mexicano, Parte General..., p. 301; DAZA GÓMEZ, Carlos, Teoría general del delito..., p. 70; LUNA CASTRO, Nieves José, El concepto de tipo penal en México..., p. 213. MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal mexicano ..., p. 297; MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, El tipo penal..., pp. 129 y ss.; ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, Curso de Derecho penal, parte general, México, Porrúa, 1999, pp. 215 y 216.

[155] Al respecto véase MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal Mexicano..., pp. 683 y 684.

lesionado y la comunidad sufren por el hecho, y, que debe ser evitado conforme a la valoración normativa, caso por demás ejemplificativo es el delito contra la salud, en la modalidad de introducción ilegal de cocaína al país, en el que se requiere estar probado se trata de volúmenes regulares (partiendo de kilogramos) que lleven explícitamente como fin su comercialización en otro país, en razón de que, la aludida modalidad se tiene por consumada en el momento en que el sujeto activo cruza voluntariamente los límites del territorio nacional trayendo consigo la droga sin haber cumplido previamente los requisitos que para tal acto establecen las leyes sanitarias del país, con independencia de que sea escasa o voluminosa la cantidad de droga que se introduzca, o bien que la requiera para su venta o consumo, pues como el delito contra la salud es de los llamados de peligro y no de resultado, sus consecuencias materiales y las finalidades ulteriores del agente son independientes de su configuración típica, ya que tal actividad se encuentra prohibida por la ley (artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal) y la sanción penal de esa conducta antijurídica obedece a que se ponen en peligro bienes jurídicos de indiscutible relevancia, como es la salud pública. Caso diferente sucede con la transportación que prevé el mismo tipo penal, tal y como lo sustenta la tesis aislada XXI.1o.57 P, en materia penal, novena época, tomo: XV, Abril de 2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta en la página 1243, con la rubrica y texto siguiente:

> "**CUERPO DEL DELITO. EN EL ILÍCITO CONTRA LA SALUD, EN SU MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN, NO SE REQUIERE, PARA INTEGRARLO, UN ELEMENTO SUBJETIVO.** De una interpretación armónica de los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, en relación con el 194, fracción I, del Código Penal Federal, se entiende que para la materialización del hecho que la ley señala como delito, respecto del ilícito contra la salud en su modalidad de transporte, los elementos objetivos o externos consistentes en la existencia de un estupefaciente, psicotrópico, sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud como narcótico conforme a lo dispuesto por el artículo 193 del citado código sustantivo, que el mismo sea objeto de traslado de una región a otra, dentro de la República mexicana, independientemente de la distancia que se haya recorrido, sin contar con la autorización legal a que se refiere la citada ley especial; sin que se advierta la exigencia de algún elemento subjetivo, pues el artículo citado en primer término establece por cuerpo del delito, el conjunto de los elementos objetivos externos y, en su caso, los normativos que la descripción típica requiera; así, en el delito de que se trata, la conducta punible que describe la ley sólo sanciona el hecho de transportar alguno de los narcóticos señalados por el propio código, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud; por tanto, es incorrecto señalar como elemento subjetivo del cuerpo del delito la finalidad de esa actividad (transporte) de llevar a cabo alguna otra de las conductas que contempla el propio artículo 194, fracción I, del Código Sustantivo federal, específicamente su comercio (venta)."

Según el estado actual de la Teoría del Delito, ha de estimarse que deben ser acogidos en el tipo aquellos elementos que fundamentan el contenido material del injusto (sentido de la prohibición) de una clase de delito.[156] Pero ese injusto sólo es un injusto penal cuando sea subsumible en un tipo penal, de acuerdo con los elementos que requiere para su acreditación, por parte del Ministerio Público de la Federación y que llevará al conocimiento del Juez de Primera Instancia, para su debida valoración jurídica.

Por ello, el tipo cumple la función de selección de las conductas antijurídicas penalmente relevantes. De ello se deducen dos consecuencias:

a) La subsunción de la acción en un tipo penal permitirá afirmar la antijuridicidad, salvo que concurran especiales causas que excluyan en el caso concreto la contrariedad a Derecho de la conducta (función indiciaria del tipo penal), como lo expresa el artículo 15 del Código Penal Federal;
b) Inversamente, la exclusión de la tipicidad deja subsistente todavía la posible ilicitud del hecho desde un punto de vista de antijuridicidad general (no penal), de forma tal que, por ejemplo, es posible que genere la obligación de reparación civil. Por ello puede hablarse de causas de exclusión del

[156] Aún cuando CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal mexicano..., p. 301, de manera indirecta refiriéndose a la postura de MEZGER, afirma que el tipo no es otra cosa que la acción injusta descrita concretamente por la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal; en otras palabras, un presupuesto de la pena. Hay quienes sí se apegan al injusto, v. gr. Daza Gómez, Carlos, Teoría general del delito..., p. XVI; LUNA CASTRO, José Nieves, El concepto de tipo penal en México..., p. 44; MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, El tipo penal..., pp. 164 y ss.; PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, Teoría del delito..., p. 132; por su parte VILLALOBOS, Ignacio, México, Porrúa, 1990, explican al tipo como forma legal de determinación de lo antijurídico punible, supuestas condiciones normales en la conducta que describe. FRANCO GUZMÁN, Ricardo, Manual de introducción de las ciencias penales, INACIPE, México, 1976, p. 17, refiere que el tipo se entiende de acuerdo con los marcos o cuadros que se encuentran en la ley y que definen derechos.

injusto, es decir, de la antijuridicidad general (causas de justificación), lo que equivale a decir que una conducta jurídico-penalmente irrelevante puede ser jurídicamente relevante, y que toda conducta desaprobada por el Derecho conduce a una antijuridicidad penal.

2. *Tipo y adecuación social*

La presencia de la tipicidad no implica necesariamente la antijuridicidad de la conducta. Excepcionalmente, puede suceder que la concurrencia de una causa de justificación convierta la conducta típica en permitida por el ordenamiento jurídico. En este supuesto, los seguidores de la teoría de los elementos negativos del tipo dirían que no se dan las condiciones para la existencia del injusto penal ya que, si bien cumple con el tipo positivo, falta el tipo negativo dada la presencia de una causa de justificación. También, y pese a ser formalmente típica, la conducta puede no ser antijurídica por su escasa lesividad material.[157] Por ejemplo, desde un punto de vista formal, realiza el tipo de cohecho el funcionario que admite pequeños regalos el día de su onomástico.

No obstante, se dice que las mencionadas conductas, al ser socialmente adecuadas, no deben considerarse antijurídicas. Conviene, sin embargo, hacer las siguientes precisiones: la adecuación social nunca debe convertirse en una causa de exclusión del tipo, puesto que conduciría a entrar en contradicción con el principio de legalidad; sí en cambio, puede utilizarse como criterio de interpretación orientado a restringir el ámbito de aplicación de aquellos tipos penales formulados con excesiva amplitud,[158] caso ejemplificativo es la tesis aislada P. VIII/2002, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, Tomo: XV, Febrero de 2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta y visible en la página 415, bajo el siguiente rubro y texto:

"ABORTO. EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO AUTORIZA LA IMPOSICIÓN DE UNA PENA POR ANALOGÍA O MAYORÍA DE RAZÓN. Del análisis de lo previsto en el citado numeral, se desprende que en su fracción III, se contempla una disposición que no guarda relación con el principio de certeza jurídica en materia penal, consistente en la prohibición de imponer por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, toda vez que lo único que determina es que, cuando se reúnan los requisitos ahí especificados, no se impondrá la pena señalada en las disposiciones relacionadas con el delito de aborto, por lo que es claro que no transgrede dicho principio.

[157] El maestro JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. La tipicidad, Porrúa, México, 1955, p. 206, refiere que el tipo penal plasmado en la ley no puede ser aplicado sin que exista una adecuación entre la conducta antijurídica y el tipo básico penal. El concepto de adecuación trasciende del ámbito de la estricta causalidad material para irrumpir en la dinámica de los tipos penales.

[158] En el mismo sentido MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal mexicano..., p. 376.

Esto es, la teoría de la adecuación social sostiene que las acciones ejecutadas con el cuidado debido, y situadas por completo en el marco del orden de la vida en comunidad conformado históricamente, no pueden incluirse en algún tipo delictivo, incluso cuando conlleven peligros para bienes jurídicos protegidos jurídico-penalmente, por ejemplo, la fabricación de armas y materiales explosivos, el funcionamiento de un reactor nuclear, la práctica del fútbol, entre otros. Se circunscriben a esta tarea, porque el legislador no puede prohibir el comportamiento socialmente adecuado, y por eso tampoco lo quiso prohibir.[159]

3. *Estructura y composición del tipo*

Las consecuencias de la composición y estructura del tipo tienen especial importancia en la práctica. Por regla general, se afirman en *una* norma —correspondientes con las distintas modalidades de la infracción normativa— *varios* tipos, a fin de enfrentar, de manera individualizada y según la clase de infracción normativa, al respectivo contenido de ilícito del hecho ejecutado por el sujeto activo para

[159] El límite del comportamiento socialmente adecuado que debe reconocerse en el marco del ordenamiento jurídico global coincide con el límite del deber de cuidado que a todos corresponde respecto al peligro general con las personas y cosas. Incluso, si se ha producido un resultado típico, en forma de menoscabo de un protegido objeto de la acción, y si el autor lo ha previsto como posible o, en todo caso, lo ha asumido como inevitable o probable, el ordenamiento sólo puede prohibir un comportamiento que constituya un ataque al deber objetivo de cuidado. De ello se desprende que numerosos modos peligrosos de comportamiento, que según la experiencia ponen en peligro, antes o después, bienes jurídicos penalmente protegidos, no caen bajo la norma prohibitiva formulada en el tipo, siempre que la acción se mueva dentro del marco del deber de cuidado requerido en el tráfico, y esto al margen por completo de las intenciones, las representaciones y los móviles personales del autor. También en los delitos dolosos la imputación del resultado puede depender así de que el autor infrinja el deber objetivo de cuidado que le incumbe. *Cfr.* al respecto JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General..., pp. 227 y s.

establecer su responsabilidad penal, sin que ello viole al artículo 16 Constitucional, para el libramiento de la correspondiente orden de aprehensión.[160]

Además, por lo que respecta a la estructura interna del tipo, pueden distinguirse dos partes distintas: una parte *objetiva* y una *subjetiva*.

El *tipo objetivo* contiene la descripción de un acontecer exterior perceptible por los sentidos. Aún cuando describa exteriormente una conducta, por sí mismo es insuficiente para calificarla de típica y ha de ser completado con los elementos que integran el *tipo subjetivo*. Sin embargo, en el tipo objetivo se han de contener elementos que indiquen la existencia del tipo subjetivo y éste, ha de abarcar todos los elementos de aquél.

Por otra parte, de la relación existente entre **tipo objetivo** y **tipo subjetivo** se distingue entre **tipos congruentes** y **tipos incongruentes**.

En los **tipos incongruentes** cabe distinguir:

1. **Incongruencia por exceso subjetivo** (incongruencia por exceso). Tipos que contienen elementos subjetivos distintos al dolo.

   a) **Delitos mutilados en dos actos**: cuando la acción se dirige a conseguir una actividad posterior del mismo sujeto. Por ejemplo, en el artículo 411 del Código Penal Federal, con el argumento sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con la jurisprudencia 1a./J. 97/2001, Tomo: XIV, Noviembre de 2001, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta visible en la página 10.

   b) **Delitos de resultado cortado**: la acción va dirigida a realizar una consecuencia que excede el ámbito de actuación del autor. Por ejemplo, en el delito tipificado en el artículo 118 de la Ley General de Población,[161] no funciona la norma amplificadora de la tentativa, porque el propio tipo penal aludido sanciona ya, como conducta ilícita consumada, el simple hecho de "pretender" llevar a alguien a trabajar ilegalmente a territorio extranjero, creándose así un tipo de "resultado cortado" o "anticipado", por ser innecesaria la obtención de la finalidad propuesta por el agente. Al igual sucede con el delito de secuestro, como lo expone la tesis aislada VI.1o.P.187 P, en materia penal, novena época, tomo XV, abril de 2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, visible en la página 1309.

   "**PLAGIO O SECUESTRO, DELITO DE. PARA SU CONFIGURACIÓN NO ES NECESARIO ACREDITAR QUE SE OBTUVO UN RESCATE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).** El delito de secuestro previsto en la fracción I del artículo 302 del Código de Defensa Social del Estado, no exige para su configuración que el sujeto activo obtenga el rescate por el plagiado, al tratarse de un tipo de resultado cortado o anticipado, en el que se colman las exigencias del cuerpo del delito, sin que verdaderamente se obtenga la finalidad propuesta, en razón de que el legislador estableció la consumación de este delito con la sola privación de la libertad de una persona en forma ilícita y la punibilidad que le corresponda a cada conducta dependerá de la o las diversas acciones que realicen los activos después de tener privado de la libertad al pasivo, incluyendo, desde luego, la idea criminal; así tenemos que la disposición penal, en lo que interesa, señala: «... cuando la detención arbitraria tenga el carácter de plagio o secuestro, en alguna de las formas siguientes: I. Cuando se trate de obtener rescate ...»; por lo que para actualizarse este supuesto es suficiente que se demuestre que el fin ideado por el sujeto activo haya sido el de obtener un rescate y que haya procurado alcanzarlo, siendo irrelevante que lo hubiera obtenido".

   c) **Delitos de tenencia interna intensificada**: el autor no pretende nada más allá de la acción típica, sino que realiza ésta con un especial sentido o intención. Tal es el supuesto del delito de robo del artículo 367 del Código Penal Federal (el que con **ánimo de apropiación**, se apodere de cosa ajena mueble y sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley). En este caso, es la finalidad, el ánimo de lucro, lo que tiñe de dolosa una conducta que, para el caso de encontrarse ausente, convertiría en atípica la conducta realizada.

   d) **Formas imperfectas de ejecución**, en las que el elemento subjetivo (consumado) excede a lo conseguido objetivamente (tentativa).

[160] Al respecto véase la tesis jurisprudencial XVIII.1o.3 P/97.

[161] Artículo 118.- Se impondrá pena hasta de diez años de prisión y multa hasta de cinco mil pesos al extranjero que habiendo sido expulsado, se interne nuevamente al territorio nacional sin haber obtenido acuerdo de readmisión. Igual sanción se aplicará al extranjero que no exprese u oculte su condición de expulsado para que se le autorice y obtenga nuevo permiso de internación. *Cfr.* al respecto AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, Análisis del artículo 138 de la Ley General de Población, relativo al propósito de tráfico, en Reflexiones en torno de la justicia penal, Colección Reflexiones Jurídicas, Vol. 3, 2003, pp. 31-48.

1. *Incongruencia por defecto subjetivo*

Por otro lado, hay situaciones en las que el **tipo subjetivo** no abarca la totalidad de los elementos del tipo objetivo. Así es, en el caso de los delitos culposos.

Por ello, en ocasiones no es posible describir en un único tipo de delito todas las posibles modalidades de conductas o de formas de aparición de un mismo ilícito y, es preciso crear, junto al **tipo básico**, otros **tipos derivados**. En el **tipo básico** se contiene la descripción más genérica del hecho punible, mientras que los **tipos derivados** se obtienen añadiéndole al tipo básico elementos específicos, que pueden servir para agravar la pena (**tipos cualificados**) o para atenuarla (**tipos privilegiados**) según sea el caso,[162] ejemplo, de lo anterior es el homicidio previsto en los artículos 302 y 315 del Código Penal Federal, respectivamente.

Cuando las especialidades son tan importantes que alteran sustancialmente el contenido de la materia de prohibición, al modificar los elementos fundamentales del tipo básico, se habla de **tipos autónomos.**[163]

Para que el tipo penal cumpla correctamente tanto la función motivadora general, como la función de garantía (que se establece en el artículo 16 constitucional), es preciso que esté redactado de forma clara y sencilla, fácilmente comprensible en su totalidad y evitar ambigüedades e indeterminaciones. La mejor forma de cumplir con la función de garantía de los tipos es acudir a un método descriptivo para delimitar los comportamientos punibles de los que no lo son. Pero en otros momentos, el tipo debe ser lo suficientemente elástico para evitar distanciamientos entre realidad social y conducta típica.[164]

Para ello, el legislador cuenta con los siguientes instrumentos:

[162] Tal y como se presenta en la tesis I.3o.PP.39 P/99.

[163] En sentido similar CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho penal..., pp. 171 y ss., considera que los tipos penales pueden ser clasificados en: normales, anormales, fundamentales, básicos, especiales, complementados, autónomos, subordinados, casuísticos, amplios y de daño o de puesta en peligro.

[164] En palabras parecidas, PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, Teoría del Delito..., p. 90, "es indudable que a fin de estar en posibilidades de sancionar a una persona por la realización de un comportamiento nocivo a los intereses de la sociedad, es necesario la existencia de un precepto legal que contempla dicha circunstancia, así como que cumpla con el presupuesto de que el sujeto tenga conocimiento de lo antisocial de su comportamiento, es decir, no podemos obligar a nadie a no observar un comportamiento considerado como ilícito, si desconoce tal carácter".

1. **Elementos descriptivos del tipo**, son conceptos que pueden ser tomados por igual del lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica, y describen objetos del mundo real, susceptibles de una constatación fáctica, y por esa razón pueden ser considerados como "descriptivos", incluso si sólo mediante la referencia a una norma se llega a una mayor concreción de su contenido, y ofrecen consecuentemente un cierto grado de contenido jurídico. Elementos descriptivos son por ejemplo, los contenidos en el artículo 302 del Código Penal Federal "privar" y "otro". Pero en ocasiones estos elementos deben precisarse acudiendo a criterios valorativos. Por ejemplo, en el término "privar" habrá que precisar en qué momento se produce la muerte de una persona.

2. **Elementos normativos o valorativos del tipo** son aquellos que conllevan una valoración, que debe realizarse en el caso concreto. Tal valoración puede ser cultural o jurídica, derivada de una norma jurídica (insolvencia, acreedor, etc.).[165] Más genéricamente, hoy en día se designa como descriptivo, todo elemento que proviene del ámbito del ser en el sentido de las ciencias, y como normativos, aquellos elementos que requieren una valoración judicial.

En los elementos normativos cabe distinguir los denominados elementos de valoración global del hecho, que conllevan implícita una referencia a la antijuridicidad. Tales elementos, que hacen indudablemente referencia a la antijuridicidad, deben ser tratados como elementos del tipo, tal y como se presentan en los delitos contra la salud previstos en los artículos 194, 195, etc.; y los delitos de expedición de cheques en los cuales se requiere de una valoración para poder establecer cada uno de los elementos que establece el tipo penal respectivo, por ejemplo la expedición de cheques sin fondos, cuyos elementos fueron descritos en el siguiente criterio jurisprudencial 815, de la Quinta Época, Tomo II, Parte HO, visible en la página 527, del Apéndice de 1995 del Semanario Judicial de la Federación bajo el rubro:

> "**CHEQUES SIN FONDOS, ELEMENTOS DEL DELITO DE EXPEDICIÓN DE.** Los elementos constitutivos del delito previsto en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, son los siguientes: por una parte, el libramiento de un cheque sin fondos o sin la autorización para hacer dicho libramiento, o la disposición de tales fondos por el librador, dentro de cierto

[165] En el mismo sentido MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal mexicano..., p. 332.

plazo; y por otra parte, un elemento sancionador, ya que se fija a ese delito la pena correspondiente, que es la señalada en el Código Penal, para el delito de fraude. Ahora bien, el Derecho penal contemporáneo, caracteriza el delito como la acción antijurídica, culpable, típica y sancionada por la pena, y la doctrina penal unánimemente afirma de modo categórico, que faltando uno de esos elementos genéricos de la infracción, no puede decirse que exista delito. Tales elementos concurren en el delito de que se trata: por una parte, el propiamente descriptivo, de la conducta punible y por la otra, la pena, cuya concreción dependerá de la individualización de la misma, hecha por el juzgador, conforme a los artículos 51 y 52 del Código Penal. Es cierto que en el Código Penal, en el capítulo relativo al fraude, además del artículo 386, los artículos 387 y 388, señalan también penas para esa figura delictiva; pero la simple interpretación sobre la aplicabilidad de ellos, no autoriza a sostener, ante el criterio de la ley, que tratándose del delito previsto en el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no exista el elemento sanción, y que su concreción se basa en la imposición por analogía, ya que es voluntad expresa del legislador, expuesta en los preceptos citados del Código Penal, que la concretarán los juzgadores dentro del cuadro precisado, por los artículos 51 y 52 del mismo Código; y además al destacar el legislador un delito especial tratándose del cheque, dentro de los demás documentos a que se refiere, precisamente, la fracción IV del artículo 386 del repetido Código, debe entenderse que la sanción señalada en ese precepto, es la que corresponde al delito a que alude el artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito".

La anterior tesis histórica, proporciona un orden diverso de los elementos del delito al aquí planteado, sin embargo, no debe soslayarse que se trata de un criterio de la Quinta Época.

Distintos de éstos son los conceptos jurídicos indeterminados, que, haciendo referencia —por lo general— a supuestas valoraciones sociales, en realidad permiten un amplísimo margen de inseguridad, al no contener criterios que permitan delimitar la conducta típica (moral, buenas costumbres, etc.).

En nuestro Derecho positivo podemos señalar, como algunos ejemplos de tipos con elementos normativos del Código Penal Federal, los siguientes: artículo 173, fracciones I y II: "*abrir o interceptar indebidamente una comunicación escrita no dirigida a él* (...)"; artículo 178: "*al que, sin causa legítima rehusase prestar un servicio de interés público* (...)"; artículo 179: "*al que sin excusa legal se negare a comparecer* (...)"; artículo 197 párrafo segundo: "*al que indebidamente suministre* (...)"; artículo 214, fracción I: "*ejerza sus funciones... sin haber tomado posesión legítima, o sin satisfacer todos los requisitos legales* (...)"; artículo 225, fracción V: "*no cumplir una disposición que legalmente se les comunique por su superior competente, sin causa fundada para ello* (...)"; artículo 225 fracción VI: "*dictar a sabiendas, una resolución de fondo o una sentencia que sean ilícitas* (...)", etcétera.

De lo dicho se desprende que en la composición de los tipos penales entran una serie de elementos de distinta procedencia y distinta significación. Es imposible delimitar *a priori* todas las peculiaridades que presentan los distintos tipos delictivos, sin embargo la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha manifestado al resolver el Amparo directo en revisión 666/97 de la siguiente manera:

> "PRUEBAS PARA ACREDITAR LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y LA RESPONSABILIDAD. EL ARTÍCULO 124 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LEGALIDAD QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El artículo 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que faculta al Juez a emplear los medios de prueba que estime convenientes para acreditar los elementos del tipo y la presunta o plena responsabilidad de una persona, no infringe la garantía de legalidad contenida en el artículo 16 constitucional, ya que dicha norma no deja a su arbitrio tener por comprobados tales extremos, pues la propia ley establece los requisitos que habrán de satisfacerse para servir de motivación legal a la resolución que en el caso pronuncie sobre la situación jurídica de las personas sujetas a un proceso penal, es decir, esta facultad debe entenderse limitada formal y materialmente a los lineamientos establecidos en el propio Código adjetivo de la materia y fuero. Además, tomando en consideración que toda norma tiene como finalidad procurar el ideal de justicia, el propósito de dicho precepto es pretender que el juzgador pueda emplear los elementos de convicción que no estén prohibidos por la ley y que le sean imprescindibles para conocer la verdad formal y material, pues sólo así es factible que emita un fallo ajustado a Derecho y, por consiguiente, realizar el objetivo primordial de su función que es la impartición de justicia".

Aunado a lo anterior, le corresponde a la parte especial del Código Penal Federal, el estudio de cada uno de los distintos tipos delictivos. Los intentos de elaborar una parte general, de la parte especial en la que se incluyan todas las características generales comunes a los distintos tipos delictivos son inútiles y de antemano destinados al fracaso. Sin embargo, para cumplir con la función protectora que eleva a la categoría de delitos se indica, por medio de su

tipificación legal, en aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes, algunas cuestiones generales que plantean aquellos elementos que, de un modo constante, están siempre presentes en la composición de todos los tipos:[166] **sujeto activo, sujeto pasivo, acción** y **bien jurídico**.

1. El delito como obra humana siempre tiene un autor, aquél que precisamente realiza una acción prohibida.[167] Normalmente la ley se abstiene de delimitar el círculo de eventuales sujetos activos del delito, es por ello que en el tipo se alude a dicho sujeto con expresiones impersonales como "al que" o "quien" u otras análogas. En estos casos, el ***sujeto activo*** del delito puede ser cualquiera (*delitos comunes*), al margen de que después pueda o no ser penalmente responsable del delito en cuestión, siendo un requisito exigido por la ley para acreditar el cuerpo del delito y su probable responsabilidad.[168] Si

[166] Al respecto *cfr.* MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal mexicano..., p. 282, quien refiere que la ubicación del bien jurídico es fundamentalmente como presupuesto del delito, que permite reconocer la relevancia de su contenido social, con ese específico valor pretípico como "bien", razón por la cual es en dicho ámbito donde atiende su análisis; a la vez e independientemente de lo anterior, también aparece identificado en la tipicidad y en la antijuridicidad de la teoría del delito, con una función específica en cada uno de dichos momentos que precisamente nace de su función previa como presupuesto; así también GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, *La teoría del bien jurídico en Derecho Penal*, México, Pereznieto Editores, 1995, pp. 15 y ss.

[167] BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HERNAN HORMAZABAL Malaré, *Lecciones de Derecho Penal, Vol. II*, Madrid, España, Editorial Trotta 1999, p. 48. Luego, está claro que ni puede subsumirse dentro del tipo toda acción humana que desde una perspectiva puramente natural pueda identificarse con la del tipo penal, sino sólo aquella acción que ha sido dotada de sentido por el bien jurídico protegido y los elementos objetivos y normativos que la precisan y condicionan.

[168] Para mayor detenimiento DIAZ ARANDA, Enrique, *Dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México*, México, Porrúa, 2001, p. 192. En particular los motivos argüidos por el legislador para reformar el Art. 16 de la Constitución son que a partir de la reforma de 1993-1994 "...a las autoridades de la procuración de justicia se les exigieron mayores requisitos para obtener una orden de aprehensión...Ello demuestra, a decir de la iniciativa presidencial, que el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al Ministerio Público en la averiguación previa evita el enjuiciamiento debido de muchos presuntos (sic) responsables, provocando en consecuencia mayor delincuencia e impunidad. De ahí que la iniciativa proponga flexibilizar los requisitos establecidos en este proceso para obtener una orden de aprehensión. **Solicita que sea suficiente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como de la probable responsabilidad del indiciado**...".

De lo anterior se deduce que tanto el poder ejecutivo como el legislativo pretenden, a través de la reforma de 1999, disminuir la criminalidad en México mediante la consignación y procesamiento de más personas; ¿será esa la vía idónea para combatir la criminalidad?, ¿radica en la impartición de justicia el origen del incremento de la criminalidad en México?, y todavía más, ¿se mejorará esa situación con la reforma realizada?

bien es cierto que cuerpo del delito y la probable responsabilidad resultan ser conceptos diferentes, en virtud de que el primero se refiere a cuestiones impersonales relativas a la verificación de un hecho tipificado por la ley como delito, independientemente de la autoría de la conducta, y la segunda radica en la atribución de la causación del resultado a una persona; también lo es que, puede suceder que un medio de convicción sirva para acreditar ambos extremos, ya que en ese caso, por un lado puede revelar la existencia de un hecho determinado como delito y por el otro atribuir la comisión del suceso a un sujeto específico; por tanto, tener por justificadas ambas premisas con los mismos datos probatorios no trae como consecuencia una violación de garantías.[169] De tal suerte, será necesario analizar los elementos del delito incorporados al cuerpo del delito y probable responsabilidad, según con la reforma de 1999, así como de la cantidad y calidad del material probatorio que justifica cada uno de estos elementos en las distintas etapas procesales.

En los casos en que sólo pueden ser realizados por la persona que reúne los requisitos típicos para ser sujeto activo (**delitos especiales**); por ejemplo, ser padre, estar en posición de garante o un caso más común el ser funcionario público y cometer algún ilícito sancionado por la ley, como es el caso del cohecho y del peculado, que requieren tener precisamente la calidad de servidor público para establecer la responsabilidad por dicho ilícito, tal y como lo establece la tesis 1a./J. 99/2001 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, tomo XIV, Diciembre de 2001, visible en la página 7 y la del Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, en la Octava Época, visible en el tomo XIV, de

[169] *Cfr.* en este ámbito LUNA CASTRO, José Nieves, *El concepto de tipo penal en México*... p. 223. Como puede observarse, en realidad la reciente reforma de 8 de marzo de 1999, era inminente en la medida que de ella se esperaba se produjeran simples adecuaciones, adiciones o perfeccionamiento del procedimiento penal, tratando de hacerlo congruente con una visión mayormente garantista del papel intrasistemático del tipo, así como los fines del proceso.

Ahora bien, el argumento central de la aludida iniciativa fue la dificultad del órgano persecutor (Ministerio Público) para lograr su labor de procuración de justicia, debido, según se dice, al incremento de carga para acreditar "los elementos del tipo penal", sin embargo, de esa "dificultad" o conversión de la preinstrucción en un "juicio sumario", no tiene la culpa la concepción compleja del tipo, ni las "teorías" o "dogmática" que han permitido su desarrollo, así como tampoco la Suprema Corte de Justicia de la Nación al emitir de manera congruente con el texto legal respectivo, las resoluciones que en la propia iniciativa se mencionan, sino por el contrario, la propia falta de integración y complementación de la reforma anterior, por la inadecuada manera de traducirla en la legislación ordinaria procesal que no se actualizó de manera suficiente, congruente y oportuna.

julio de 1994 en la página 695, del Semanario Judicial de la Federación, respectivamente cada una con el rubro y contenido:

"**COHECHO ACTIVO, ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL TIPO PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 222, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL Y 174, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MICHOACÁN**. De la descripción típica de cohecho activo, que hacen los mencionados preceptos legales, en el sentido de que comete tal ilícito el que dé u ofrezca dinero o cualquier otra dádiva o ventaja pecuniaria a un funcionario o servidor público, para que haga u omita hacer un acto justo o injusto relacionado con sus funciones, se obtienen los siguientes elementos: el dar u ofrecer dinero o cualquier otra dádiva o ventaja pecuniaria a un servidor público y que el propósito de tal entrega u ofrecimiento debe consistir en que el funcionario público haga o deje de hacer un acto, justo o injusto, relacionado con sus funciones. Al respecto es conveniente precisar que el tipo penal no requiere de la aceptación del servidor o funcionario público; además, para la configuración del delito, por lo que hace al primer elemento, basta con demostrar que se entregó u ofreció dinero o cualquier otra dádiva o ventaja pecuniaria al servidor público y para tener por acreditado el elemento consistente en el propósito de tal entrega u ofrecimiento al servidor público, es indispensable que se demuestre que la acción u omisión que se le pidió realizar tiene conexión con las funciones con que está investido por el cargo público que le fue conferido, pues sólo en este caso se pone en peligro el debido funcionamiento de la administración pública, bien jurídico que tutela el delito de cohecho".

"**PECULADO. EL CARÁCTER DE SERVIDOR PÚBLICO ES ELEMENTO DEL CUERPO DEL DELITO DE**. El requisito de que se demuestre el carácter de servidor público en el delito de peculado, esencialmente forma parte de la comprobación del cuerpo de ese ilícito y no de la probable responsabilidad del enjuiciado, en tanto es uno de los elementos integradores del tipo penal establecido por la fracción I, del artículo 428 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, precepto legal que no inculpa a persona determinada, pues nada más establece la hipótesis normativa que de ser actualizada con el encuadramiento de determinada conducta, revela la materialización del delito; esto es, la condición que establece la norma, de ser servidor público, debe acreditarse plenamente de lo que se sigue que para el caso de no estar demostrada no puede decirse que el cuerpo del delito lo esté y menos aún la supuesta responsabilidad".

Así también, en los que no tienen correspondencia en un delito común y, por ende, sólo pueden ser realizados por personas que reúnan los requisitos necesarios para ser sujeto activo del delito, cuando sea otra persona quien la realice, la conducta será impune, (**delitos especiales propios**). En los casos que tengan correspondencia con uno en **común**, (**delitos especiales impropios**), su realización por sujetos cualificados hace que éste se convierta en un tipo autónomo distinto. Así, el abogado o procurador que revelare actuaciones procesales, declaraciones secretas, tiene un régimen penal distinto y más severo que si la misma conducta es realizada por un particular. Y en los que exigen que la conducta típica sea realizada directa y personalmente (**delitos de propia mano**), en la mayoría de los casos, esta exigencia está implícita en la propia descripción de la conducta que debe ser ejecutada corporalmente. Un ejemplo lo constituye el tipo del artículo 260, en el que se dice "*al que sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo*". Es menester aclarar, que no cabe su realización mediante autoría mediata verbigracia (la "cópula" en la violación).

En razón a lo anterior, algunos tipos delictivos se plantean cuestiones importantes en relación con el sujeto activo.

En primer lugar tenemos los delitos plurisubjetivos, en los que el tipo exige la concurrencia de varias personas, bien al participar uniformemente para la consecución del mismo objeto (**delitos de convergencia** o de **encuentro**: rebelión previsto en el artículo 132 y asociación delictuosa previsto en el artículo 164 del Código Penal Federal), bien autónomamente como partes de una misma relación delictiva (delitos de encuentro: el cohecho —artículo 222 del CPF— en el que interviene el funcionario y la persona que lo soborna).

De estos delitos deben distinguirse los casos de participación necesaria en los que intervienen también varios sujetos en la realización de la acción, pero uno de ellos permanece impune por ser precisamente el titular del bien jurídico protegido por el tipo (el sujeto pasivo en la violación o en el estupro).

Además, son de considerarse las características de tiempo, modo y lugar de cada conducta desplegada por el sujeto activo, por ejemplo en el delito de violación, en el cual, para la comprobación del tipo penal y la responsabilidad probable y plena del autor, por regla general debe concederse a la declaración de la ofendida una relevancia excepcional, por las circunstancias en que comúnmente se lleva a cabo esa infracción penal, esto es, en forma privada o secreta; sin embargo, esa declaración de la ofendida en que hace imputaciones muy severas al inculpado requiere, para su corroboración, que estén determinadas las circunstancias de lugar, tiempo y modo de ejecución del ilícito, así como que existan otros medios de convicción inequí-

vocos de la participación del acusado; consecuentemente, si el cuadro procesal no está formado por esos elementos, no habrá base legal para dictar o, en su caso, confirmar un fallo condenatorio.

2. En todo tipo hay una ***acción***, entendida como comportamiento humano (acción u omisión), que constituye el núcleo del tipo, su elemento más importante. La acción viene descrita generalmente por un verbo ("privar", "lesionar", "apoderarse", etcétera), que puede indicar una acción positiva o una omisión. Cuando el tipo sólo exige la realización sin más de la acción estamos ante los **delitos de mera actividad** (difamación, etc.) o, en su caso, de mera inactividad (omisión pura). En otros casos se exige, junto a la realización de la acción, la producción de un resultado material (**delitos de resultado**).[170] La distinción puede llevar a confusiones, ya que todo delito consumado tiene un resultado constituido por la realización del tipo.[171] Cuando aquí se habla de resultado, se alude al resultado como modificación producida en el mundo exterior, distinto idealmente de la acción misma.

Por ejemplo, son delitos de resultado el homicidio doloso e imprudente, cuyos tipos exigen la producción de un resultado de muerte (artículos 302 y 307 del Código Penal Federal); el fraude, que requiere la presencia de un perjuicio patrimonial (artículo 386 del Código Penal Federal); al igual que la defraudación fiscal prevista en el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, así como los daños o lesiones, el menoscabo de los bienes jurídicos o de la integridad corporal respectivamente (artículos 397 y 289 del Código Penal Federal). Son delitos de mera actividad la mayor parte de los delitos contra la libertad sexual, etc. En algunos delitos se exige para la consumación del tipo esta modificación separada de la acción y en este sentido se habla de delitos de resultado que suponen la destrucción

[170] Este resultado material no puede ser confundido con el resultado jurídico, que es la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que ha de tener necesariamente todo delito y que es una exigencia que debe ser analizada, en un momento posterior, en la antijuridicidad.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta lo dicho anteriormente en relación con la acción en el sentido de que constituye un elemento típico que ha de ser determinado desde el bien jurídico protegido y que está siempre en relación con otro sujeto con el cual se establece la vinculación social que, justamente con la creación del tipo penal se quiere evitar.

[171] Por eso la acción puede ser considerada dentro del tipo penal aisladamente en sí misma o en el contexto de la interrelación entre el sujeto activo y sujeto pasivo como el vehículo de establecimiento de una vinculación social desvalorativa. En todo caso, indistintamente tanto cuando se habla de acción de vinculación social, se está haciendo referencia a un elemento estructural del tipo penal cuya ausencia implica una causa de atipicidad.

de un objeto material (lesiones, homicidio, daños, etc.), dentro de esta última categoría se puede distinguir entre:

a) **Delitos de medios determinados**, son aquellos en que el tipo delimita expresamente las modalidades que puede revestir la conducta, es decir, el legislador acota expresamente las modalidades comisivas. Ejemplos de estos serían: el fraude, puesto que se exige que la acción se concrete en forma de engaño o aprovechamiento del error (artículo 386 del Código Penal Federal[172] y el engaño en el 108 del Código Fiscal de la Federación;[173] el robo con violencia física o moral en las

[172] Son ejemplificativas las tesis aisladas de la novena época, XXI.3o.7 P, tomo XV, Febrero de 2002 y VIII.3o.6 P, tomo: XV, febrero de 2002, publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, visibles en las páginas 819 y 818, bajo los rubros respectivamente: "**FRAUDE, INEXISTENCIA DEL, SI NO SE PRUEBA EL ELEMENTO ENGAÑO EN LA ÉPOCA EN QUE SE CELEBRÓ EL CONTRATO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO).** De la exégesis del artículo 171 del Código Penal del Estado de Guerrero, se obtiene que el primer elemento constitutivo del tipo penal de fraude es la existencia del elemento engaño o el aprovechamiento del error en que se encuentre el sujeto pasivo del delito. Tratándose del incumplimiento de un contrato, para que encuadre en el ámbito penal, es indispensable que se compruebe que se actualizó el elemento engaño con que se dice se condujeron los sujetos activos del ilícito, partiendo de la base de que el engaño consiste en provocar mediante argucias, artimañas, maquinaciones o cualquier otro medio, un falso conocimiento en el sujeto pasivo que provoque en este último la determinación de realizar un acto de disposición patrimonial en beneficio de los sujetos activos, y también se hace necesario comprobar que desde que se celebró el contrato los sujetos señalados como activos habían decidido no cumplirlo, esto es, debe demostrarse que la operación aparentemente civil fue engendrada por el dolo penal de una de las partes contratantes, lo que sólo puede consolidarse por medio de aquellas pruebas que conduzcan al juzgador al convencimiento de que los sujetos activos, en su carácter de contratantes, pactaron con el supuesto ofendido mediante maquinaciones con el conocimiento de que incumplirían lo contratado. De no acreditarse el elemento engaño, es inexistente el tipo penal de fraude, y debe concluirse que se trata de un contrato de naturaleza netamente civil, cuyo incumplimiento sólo trae aparejadas acciones de la misma naturaleza."

"**FRAUDE PREVISTO EN EL ARTÍCULO 424 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE COAHUILA. PRUEBA DEL ENGAÑO**. El artículo 424 del Código Penal del Estado de Coahuila establece que «Comete fraude, el que engañando a alguien o aprovechándose del error en que éste se halla, se haga ilícitamente de alguna cosa o alcance un lucro indebido. ...». Por tanto, si con las pruebas que obran en el sumario se acredita que el sujeto activo del delito, a fin de concretar la venta de un vehículo, le hizo creer al pasivo que no estaba reportado como robado, y que posteriormente le entregaría una carta que así lo acreditara, lo cual nunca cumplió, y además el automotor resultó que era robado, es evidente que con tal proceder se demuestra la conducta engañosa del acusado que trajo como consecuencia que obtuviera un lucro indebido al concretarse la venta del referido vehículo".

[173] Tesis aislada Tesis: XV.1o.24 P, en Materia Penal Novena Epoca, emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XIV, Octubre de 2001, Página: 1108.

cosas que sólo cabe realizarlo si se emplea alguna de las formas de violencia (física o moral) previstas en el artículo 372 del Código Penal Federal.

b) Según que el tipo comprenda una o varias acciones se habla de **delitos simples** y **delitos compuestos**. Los últimos se dividen en **complejos** y **mixtos**.

Los delitos **complejos** se caracterizan por la concurrencia de dos o más acciones, cada una constitutiva de un delito autónomo, pero de cuya unión nace un complejo delictivo autónomo distinto (artículo 372 del Código Penal Federal "robo con violencia").

En los **delitos mixtos** el tipo contiene, bajo la misma conminación penal, diversas modalidades de conducta, siendo que basta, con que se realice una de ellas para que se constituya el tipo (artículo 381, fracción I, del Código Penal Federal, que prevé la hipótesis de robo en casa habitación). Dividiéndose a su vez, en tipos mixtos **acumulativos** y **alternativos**. El primero de estos, es aquél en el que la realización de dos de las proposiciones o modalidades de comisión debe dar lugar a la apreciación de dos delitos en concurso. Frente a éste, se afirma mayoritariamente que en los tipos mixtos alternativos debe apreciarse un único delito en caso de concurrir varias de las modalidades que lo integran, como es el caso del delito de violación previsto en el artículo 265 del Código Penal Federal, en el que puede realizarse, mediante violencia física o moral. De igual manera quien inutiliza el sistema de alarma de una vivienda para después romper la

---

"**DEFRAUDACIÓN FISCAL. NO SE CONFIGURA EL ENGAÑO POR EL INCUMPLIMIENTO A UN CONVENIO DE PAGO EN PARCIALIDADES**. El delito de defraudación fiscal previsto en el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación requiere, entre otros elementos del tipo, el ánimo doloso por parte del sujeto activo, mismo que se exterioriza mediante «el uso de engaños o aprovechamiento de errores», elemento que no se configura por el solo hecho de que el quejoso omita el cumplimiento al convenio de pago a que voluntariamente se había comprometido, pues no puede considerarse que ese incumplimiento por sí sólo constituya un engaño, entendiéndose por éste, según lo define el Diccionario de la Lengua Española, Editorial Espasa, vigésima primera edición, Tomo I, como la «Falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre»; ya que tal actitud no implica una falta de verdad, sino sólo una omisión a dar cumplimiento voluntario a lo que se había obligado, sin que dicha omisión sea suficiente para tener por colmado el elemento de referencia, pues así lo ha determinado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 57, Segunda Parte, página 17, del rubro y texto siguientes. "DEFRAUDACIÓN FISCAL NO CONFIGURADA.- La defraudación fiscal mediante engaño o aprovechamiento del error, implica el aprovechamiento del error de la autoridad o el engaño en el que se le hace caer, lo que no ocurre cuando se trata de actos de mera omisión."

ventana por la que penetrará a robar, comete un solo delito de robo con violencia en las cosas. Las discrepancias surgen cuando algunos autores hablan de la existencia de un concurso de leyes entre las modalidades integrantes de un tipo mixto alternativo frente al concurso de delitos en los tipos mixtos acumulativos, mientras que otros niegan tal posibilidad con la afirmación de la existencia de una unidad típica en sentido estricto.

c) Según su forma de **consumación**, los delitos de **lesión** son aquellos en los que la consumación es inmediata y, delitos **permanentes**, aquellos en los que el momento consumativo se prolonga en el tiempo. Por ejemplo el delito de detención ilegal previsto en el artículo 364 del Código Penal Federal. En el delito *permanente*, el estado antijurídico se prolonga en el tiempo y el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica. En cambio, en los delitos de *estado*, aunque también se crea una conducta antijurídica, el delito se consuma desde el momento de su aparición (por ejemplo, la falsificación de documentos previsto en el artículo 243 del Código Penal Federal).

3. La norma penal tiene una función protectora de ***bienes jurídicos***. Para cumplir con esta función protectora, eleva a la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico, es por ello, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento.[174]

---

[174] Para JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, el tipo delictivo, desde su creación precisa el interés o valor de la vida social que específicamente ha de proteger y tiene por objeto tutelar, mediante la protección enérgica que implica la pena. El tipo penal se determina, precisa y define, por imperio del fin jurídico. No hay norma penal incriminadota —subraya Bettiol — que no esté destinada a la tutela de un valor y que no tenga por fin la tutela de un bien jurídico. El tipo penal, p. 171.

No cualquier bien jurídico merece la protección más intensa de la pena.

Bien asevera Carlos CREUS, Derecho penal, p. 94, que comúnmente el tipo no designa literalmente el bien jurídico protegido, sino que éste viene consignado expresamente en los rubros de los títulos y capítulos en que se agrupan las figuras delictivas ("delitos contra el honor", "contra la libertad", "contra la seguridad de la nación", etc.); pero muchas veces la "modalidad" del bien jurídico que efectivamente protege contra la imposición de la pena, tiene que ser determinada por el intérprete acudiendo a un procedimiento de conjugación de las expresiones literales de los rubros de los títulos y capítulos, que forman la Parte Especial, con el "sentido" de la acción descrita en un determinado tipo. Sin duda alguna la importancia que adquiere, desde el punto de vista de la tipicidad, el ataque al bien jurídico es, si no un descubrimiento un fecundo redescubrimiento de la doctrina penal de los últimos tiempos, aunque se sigue debatiendo preferentemente en la antijuricidad (como temática propia de las relaciones entre ella y el tipo) o hasta se trata de excluirlo del tratamiento del tipo para referirlo exclusivamente como un problema de antijuricidad.

sin poner atención en el hecho de que la antijuricidad preexiste y es "recibida" por el tipo.

ZAFFARONI resume su importancia al establecer: en primer lugar, no puede haber tipo penal sin bien jurídico afectado: es imposible reconocer la tipicidad penal de una acción que no ataca un bien jurídico; en segundo lugar, el hecho de que formalmente una acción complete los elementos descriptivos del tipo, no implicará su tipicidad si no constituye un ataque al bien jurídico al que se dirige la norma, cuya protección el tipo penal complementa; afirma "si la norma tiene su razón de ser (en) la tutela de un bien jurídico, no pueden alcanzar su ámbito de prohibición las conductas que no afectan el bien jurídico". Citado por CREUS, Carlos, *op. Cit.*, pp. 199-201.

El bien jurídico es, según Olga ISLAS, el concreto interés individual o colectivo de un orden social, protegido en el tipo penal. Es el elemento básico en la estructura del tipo y precisamente el que justifica la existencia de la norma jurídico-penal. La lesión que se le infiere o, al menos, el peligro a que se le expone, da lugar, excepto en los casos en que operan aspectos negativos, a la concreción de la punibilidad. A partir del bien jurídico se derivan las conductas idóneas para producir su lesión. Asimismo, del bien jurídico dependen la cantidad y la clase de elementos que han de incluirse en el tipo legal. La mayor o menor amplitud de la protección que se quiere dar al bien condiciona el número y la clase de elementos y para una protección amplia, una menor cantidad de elementos; y para una protección limitada, un mayor número de ellos; si el tipo se formula para proteger un bien, la desvalorización de éste por la comunidad fuerza al legislador a derogar aquél. El bien jurídico es elemento rector en la interpretación del tipo penal. También lo es para la fijación de la punibilidad. El intervalo de la punibilidad depende del valor del bien protegido; es decir, el bien jurídico es un objeto que tiene su imagen en el intervalo de punibilidad. Si el valor del bien es de rango superior, la punibilidad debe ser alta; si el valor del bien es de rango inferior, la punibilidad debe ser baja. De esto se sigue que a una jerarquización de los bienes tutelados, debe corresponder una jerarquización de las punibilidades, en la que cada uno de los intervalos estará determinado por el valor del respectivo bien protegido. Es inobjetable que sin la presencia de un bien no debe crearse una punibilidad..., p.74.

La teleología del tipo —tutelar un bien jurídico— ocupa un lugar primigenio entre los elementos del tipo penal, cuenta habida de que sin la consideración del bien jurídico que el mismo protege, resulta imposible estructurarlo. El tipo legal es un organismo —reconoce Grispigni— en el que la unidad de las partes y su vida es dada por el bien jurídico tutelado por la norma y ofendido por la conducta. El bien jurídico es la razón de ser del tipo legal, el espíritu que lo hace vivir y aquel que fija sus confines. No se integra el conflicto de tipo penal o *corpus delicti* con la presencia de simples elementos materiales pertenecientes a una infracción, sino por el conjunto de elementos materiales de un delito. En este conjunto yace la unidad de sentido que teleológicamente colma el concepto de *corpus delicti* o tipo penal. El bien jurídico tutelado en el tipo es siempre elocuente para su correcta interpretación. Desentrañar la propia esencia y contenido del bien jurídico tutelado, es la única especialidad que presenta el problema de la interpretación de los tipos penales, pues en lo general su interpretación se norma por reglas que rigen la de la ley. Pero, a su vez, el bien jurídico ya determinado mediante las reglas de la interpretación, constituye —como dice Mezger— el más importante medio de interpretación, pues de él irradia la necesaria claridad para la comprensión de las diferentes cracterísticas del tipo que en concreto se trate. Incluso quien, como Grispigni, excluye expresamente de los elementos del tipo delictivo la objetividad jurídica, apresúrese a reconocer que su consideración no

Todo tipo de delito debe incluir un comportamiento humano capaz de provocar la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico. Este no es otra cosa que el valor que la ley quiere proteger de las acciones que puedan dañarlo. Este valor es una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses. La calidad de bien jurídico, es algo que crea la ley y no algo preexistente a ella misma. Lógicamente se espera que, de acuerdo con el principio de intervención mínima, el legislador sólo utilice el Derecho Penal para proteger bienes jurídicos verdaderamente importantes y tipifique aquellos comportamientos verdaderamente lesivos o peligrosos para esos bienes jurídicos. Pero esto, es un *desideratum* que no siempre cumple. De ahí la necesidad de tener presente siempre una actitud crítica frente a los bienes jurídicos protegidos y a la forma de protegerlos penalmente, que puede tutelar uno o varios objetos o bienes jurídicos. Por ejemplo, en el delito de extorsión (artículo 390 del Código Penal Federal) la conducta típica lesiona dos bienes jurídicos: la libertad y el patrimonio, mientras que en el homicidio, la conducta sólo afecta a la vida.

En atención a la modalidad del ataque al bien jurídico la doctrina distingue entre **delitos de lesión** y **delitos de peligro concreto** y **abstracto**. Los primeros son aquellos en los que se menoscaba o lesiona el bien jurídico protegido en el tipo. Los segundos se caracterizan porque la consumación del tipo exige la creación de una situación de peligro efectivo, concreto y próximo para el bien jurídico.[175] Ejemplo, delitos de lesión son todos los delitos contra la vida y la integridad corporal, etcétera. Delitos de peligro concreto serían los delitos ecológicos previstos en los artículos que van del 414 al 423 del Código Penal Federal, entre otros delitos que contempla el Libro Segundo. Por lo que respecta a los delitos de peligro abstracto, la jurisprudencia y doctrina entienden casi unánimemente que el delito contra la salud, previsto en los artículos 194 a 199 del Código Penal Federal, es un delito de peligro, y más concretamente, de peligro abstracto, al entender que en este delito efectivamente existe un peligro de que acontezca el daño (potencialidad de daño), es decir,

sólo es de la máxima importancia para la exacta determinación y reconstrucción del tipo penal, sino que constituye el punto de partida para tal tarea. Sólo conociendo exactamente —afirma— el bien jurídico a cuya tutela es destinada una norma penal, se puede comprender el significado y alcance de ésta. Citados por PORTE PETIT, Celestino, pp. 390 a 394.

[175] En sentido similar, CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho penal..., p. 137; PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Derecho Penal mexicano..., p. 265.

delitos en los que el peligro, a pesar de ser lejano para el bien jurídico, concurre. No son delitos de peligro presunto ni delitos de mera desobediencia o formales.

De la configuración como delito de peligro abstracto derivan las consecuencias prácticas siguientes: a) Consumación anticipada: ésta tiene lugar por la simple posesión de la droga, sin que sea necesario para culminar su perfeccionamiento la realización de actos de tráfico, ni, en definitiva, la efectiva lesión del bien jurídico. b) Difícil admisión de los actos preparatorios punibles y de las formas de imperfecta ejecución. Éstas se han llegado ha admitir en casos en que el traficante no ha accedido a ninguna forma de disponibilidad de la droga. c) No se penaliza el hecho en función del daño concreto e individualizado causado a una determinada persona, en cuyo supuesto habría que acreditar la relación causal entre el consumo de la droga y el daño. d) Delito de mera actividad: al considerarse que los delitos de peligro abstracto son de mera actividad peligrosa. e) Exigencia de un verdadero peligro. Cuando en el caso concreto puede excluirse *ex ante*, el peligro efectivo para la salud colectiva, faltará el sustrato de la antijuridicidad del acto, por lo que no se dará la adecuación al tipo, pues de otro modo, lo que aparece construido por el legislador como delito de peligro abstracto pasaría a convertirse en figura de mera desobediencia, sin contenido material de antijuridicidad.

La aparición de los delitos de peligro en los códigos penales es relativamente reciente en nuestro país.[176] El incremento de actividades sociales peligrosas aunque imprescindibles —la conducción de automotores, las actividades industriales, entre otras— exige adelantar la intervención penal a fases previas y cada vez más alejadas de la lesión del objeto jurídico protegido en el tipo. La finalidad perseguida tiene un contenido preventivo: evitar la producción de daños catastróficos e irreparables. Por ello, con las atribuciones que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establecen, corresponde a la Procuraduría General de la República, institución que integra al Ministerio Público de la Federación, conocer de los delitos ambientales en las entidades federativas

[176] Hasta finales de 1996, encontrábamos cuatro ordenamientos jurídicos federales que contenían tipos penales contra el ambiente: la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, la Ley Forestal, la Ley Federal de Caza, y el propio Código Penal Federal. En este último no se encontraban en un rubro específico sino dentro del capítulo de los delitos patrimoniales (397) y según algunos autores —e incluso el propio legislador— en el de los delitos contra el consumo y la riqueza nacionales (artículos 254 y 254 bis).

a través de sus delegaciones y, específicamente, mediante diversas unidades administrativas especializadas.[177]

Los criterios adecuados para poder llevar a cabo tal distinción deben desarrollarse a partir del concepto de la *no integración* de la concreta aptitud lesiva, entendida ésta lógicamente, desde el punto de vista de la interpretación social y no desde una perspectiva psicológica.

Afirma Ragues y Valles, el fenómeno de la *no integración* concurre en aquellos supuestos en que es posible entender que, pese a haber juzgado un sujeto que su conducta era en abstracto peligrosa y haber conocido correctamente también la situación en la que actuaba, dicho sujeto no ha integrado ambos factores en un juicio según el cual su conducta resultaba concretamente idónea para la producción del resultado lesivo. La cuestión del dolo de peligro no deberá ni tan siquiera plantearse allí donde no se entiende posible que se haya producido una no integración de la concreta aptitud lesiva, es decir, en el caso de todos aquellos comportamientos que se consideran especialmente aptos para producir un determinado resultado. La realización de una de estas conductas lleva a entender que concurre, por lo menos, una tentativa de producción del resultado.[178]

En conclusión, las clases de tipos estudiados hasta el momento son las siguientes:[179]

[177] Sin embargo, aclara Besares Escobar, Marco Antonio, et al., Derecho penal ambiental. Análisis de los delitos contra el ambiente en México, México, Porrúa, 2001, pp. 89-99, que en muchos Códigos Penales estatales y las propias leyes ambientales locales establecen tipos penales que podría dar lugar a problemas de competencia en esta materia, hasta en tanto no se resuelva de manera expresa esta indefinición.

[178] *Cfr.* El Dolo y su prueba en el proceso penal, Barcelona, España, Bosch, 1999, pp. 509 y 510.

[179] ***Los elementos arriba tratados son propios de los delitos básicos, por lo que se excluyen de la frase "las demás circunstancias" previstas en la ley, a que se refería el anterior artículo 168 del Código Penal Federal; consecuente, éstas son referidas a los tipos complementados o circunstanciados; luego, estas circunstancias pueden ser agravantes o atenuantes.***

En efecto, con la reforma de 1993, en vigor en 1994, se exigía su acreditamiento como un elemento del tipo penal, desde el dictado de la orden de aprehensión y, consecuentemente, en la formal prisión; sin embargo, con la posterior reforma de 1999 se emitió la jurisprudencia del pleno 1ª/J.6/97.

Al resolverse en el sentido indicado, se modificó el criterio sustentado en la jurisprudencia por contradicción de tesis 4/89, de rubro: "AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL", publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación número 16-18, abril-junio de 1989, página 49.

Lo anterior es bajo el argumento de que, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, se reformaron, entre otros, los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los

1. Según los sujetos
   a) Delitos comunes y especiales
      Delitos especiales
      · Propios
      · Impropios

Estados unidos Mexicanos, reforma que por lo que atañe a estos preceptos, entró en vigor al día siguiente de su publicación; lo que implicó en el aspecto que aquí interesa, que el concepto tradicional de "cuerpo del delito" cedió su lugar al diverso concepto de "tipo penal".

Previo a la reforma, el criterio para integrar el entonces llamado cuerpo del delito era el de tomar en cuenta solamente los denominados elementos objetivos, o sea aquellos tendientes a demostrar la existencia del hecho delictivo desde un plano meramente externo, perceptible fácticamente. Fue precisamente en esta tesitura que llegó a establecerse el criterio jurisprudencial correspondiente que concebía al cuerpo del delito como el conjunto de elementos objetivos o externos constitutivos de la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

En cambio con la aludida reforma, con la expresión "elementos del tipo penal" se comprendían tanto aspectos objetivos como también los subjetivos, de tal manera que en su acreditamiento debería tomarse, en términos del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, también reformado en ese momento: 1. La existencia de una acción u omisión que lesione un bien jurídico o lo ponga en peligro; 2. La forma de intervención del sujeto activo; 3. Si la acción u omisión fue dolosa o culposa; 4. La calidad de los sujetos activo y pasivo; 5. El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; 6. El objeto material; 7. Los medios utilizados; 8. Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; 9. Los elementos normativos; 10. Los elementos subjetivos específicos; y, 11. Las demás circunstancias que la ley prevea, entre las que se cuentan precisamente las modificativas atenuantes y agravantes.

Es oportuno referir que el texto constitucional y legal fue nuevamente reformado en 1999, para retomar nuevamente el concepto de cuerpo del delito, como requisito para librar la orden de aprehensión y el auto de formal prisión. Sin embargo, ello no implica que deban dejar de acreditarse, en un sentido garantista, la totalidad de los elementos que integran el delito, ya sea básico o fundamental, o bien, circunstanciado o complementado, en virtud de que el auto de prisión preventiva surte el efecto de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso a un inculpado, por tanto, deben quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo en su caso las modificativas o calificativas. Sin soslayar que las circunstancias agravantes o atenuantes del delito deben ser materia de prueba durante el procedimiento, lo que no condiciona que se aprecien tales circunstancias en el dictado de la orden de aprehensión el auto de formal prisión, porque ello permite una adecuada defensa para el inculpado, con independencia de lo que se resuelva al dictar sentencia. Incluso, algunos ordenamientos secundarios continúan exigiendo el acreditamiento de los elementos del tipo penal, lo que evidentemente se permite resolver con un enfoque más garantista.

Consecuentemente, al librar el mandamiento de captura y emitir el auto de formal prisión, deben determinarse cuáles son, según el delito de que se trate, los elementos integrantes del tipo delictivo atribuido al inculpado, para determinar no sólo la figura delictiva básica, sino aquella que se configure en el caso de que se trae, ya sea que se refiera a un tipo complementado, subordinado o cualificado.

   b) Delitos de propia mano
   c) Tipos de autoría y participación
      Tipos de autoría
      · Autoría directa
      · Autoría mediata
      · Coautoría
      Tipos de participación
      · Inducción
      · Cooperación necesaria
      · Complicidad
2. Según las modalidades de la acción
   A) En atención al tipo objetivo
      1. Delitos de mera actividad y de resultado
      2. Delitos de comisión y de omisión
      3. Delitos de omisión
         · Propios
         · Impropios
   B) En atención al tipo subjetivo
      1. Delitos mutilados en dos actos
      2. Delitos de resultado cortado
      3. Delitos de tendencia interna trascendente
3. Según la relación con el bien jurídico
   A) Delitos simples y compuestos
   B) Delitos de lesión y de peligro
   C) Delitos de peligro
      · Abstracto
      · Concreto

4. *La concepción del tipo penal en México*

Sin duda, el concepto que mayor interés y debate ha suscitado en la doctrina, dentro del marco de la teoría del delito, en las últimas décadas es el del "tipo penal".

Conforme a la legislación vigente, en términos de lo dispuesto por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cuerpo del delito se debe acreditar con la existencia de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito, expresamente el que sea materia de la resolución definitiva, así como los normativos; dispositivo que debe entenderse aplicado en concordancia con el párrafo segundo, del artículo 134, del mismo ordenamiento legal, es decir, deben analizarse

los elementos subjetivos del tipo, pues al dictarse una sentencia, se debe resolver, conforme a la teleología del proceso penal federal, si en el caso fáctico materia de resolución, los hechos acreditan o no un delito federal, si se encuentra acreditada la responsabilidad o irresponsabilidad del acusado, para que, afirmados los presupuestos en cita, se impongan las penas que procedan con arreglo a la ley, atento a lo establecido en el artículo 4º del Código Federal de Procedimientos Penales.

Cabe destacar que para hacer posible la relación de los elementos que integran las descripciones típicas el legislador ordinario en enero de mil novecientos noventa y cuatro, reformó el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y señala que los elementos del tipo penal son: I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido; II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y, III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión. En el caso particular si el tipo lo requiere se debe acreditar también: a).- Las calidades del sujeto activo y del pasivo; b).- El resultado y su atribuibilidad de la acción u omisión; c).- El objeto material; d).- Los medios utilizados; e).- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f).- Los elementos normativos; g).- Los elementos subjetivos específicos; y, h).- Las demás circunstancias que la ley prevea.

Sin duda, es JIMÉNEZ HUERTA uno de los penalistas que más esfuerzos ha dedicado a su caracterización y delimitación en la teoría del tipo penal.

1. La contribución de JIMÉNEZ HUERTA. En cuanto a la esenciabilidad de la contribución que ofrece JIMÉNEZ HUERTA, los tipos delictivos se construyen por el legislador en virtud de un proceso lógico de generalización, tomando algunas notas comunes a una serie de hechos reales, diferentes en todas las demás circunstancias.[180] El legislador, en su tarea de acuñar los tipos, no tan sólo debe considerar aquellas conductas productoras de daño en el bien jurídico, sino también aquellas otras que implican la probabilidad de que los bienes jurídicos sean dañados.[181] No obstante, este autor claramente determina que la mayoría de las especies delictivas contenidas en un Código penal son tipos de daño, ya que su descripción gira en torno a la efectiva lesión del bien jurídico que protege. Esto lo sustenta JIMÉNEZ

[180] La tipicidad, Porrúa, México. 1955, p. 45.

[181] *Ibidem*, pp. 98 y 99, cuando el legislador tipifica esta clase de conductas, crea, en realidad, tipos de peligro.

HUERTA con criterios de Política Criminal, normadas con el propósito de reforzar la protección jurídica.[182]

La tipicidad, refiere el maestro JIMÉNEZ HUERTA, es una genuina expresión conceptual del moderno Derecho Punitivo, que hace referencia al modo o forma que la fundamentación política y técnica del Derecho Penal ha creado para poner de relieve que es imprescindible que la antijuridicidad esté determinada de una manera precisa e inequívoca. Y destaca, que el tipo penal no tiene el carácter cerrado que, a primera vista, presenta en las descripciones de conducta contenidas en los artículos de la parte especial, del Código Penal.[183]

La cuestión de determinar en forma precisa el tipo o tipos penales en que se ha de subsumir la conducta que es objeto de incriminación, reviste, pues, capital importancia (explica el autor) en la realización de la justicia penal, pues aunque algunas veces una misma conducta debe ser subsumida en varios tipos penales, acontece en otras que a pesar de que a primera vista puede también merecer un plural encuadramiento típico, una interpretación sistemática y profunda de la significación y alcance de las descripciones normativas descarta dicha plural adecuación, por ponerse de relieve la manifiesta incompatibilidad existente entre los tipos, ya que la existencia de uno elimina o destruye la del otro.[184]

2. La aportación de MÁRQUEZ PIÑERO. Como uno de los principales exponentes del tipo penal puede destacarse a MÁRQUEZ PIÑERO, quien parte del modelo lógico-matemático, según el cual el meollo, la sustancia, el centro del Derecho penal, lo constituye: por una parte, la norma penal y, por otra, el tipo.[185] En este sentido, refiere el autor, que el tipo es una figura que resulta de la imaginación del legislador; *el juicio de tipicidad*, la averiguación que, sobre una conducta, se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador; la tipicidad, el resultado afirmativo de ese juicio.[186] Esto es, la existencia previa de los eventos antisociales y de la reacción social constituye

[182] *Ibidem*, p. 101.

[183] La tipicidad... p. 109. Es de suma importancia acotar esta reflexión de Jiménez Huerta, quien la destaca en nuestro país en el año de 1955, antes de la propuesta de ROXIN, Claus con su obra Teoría del tipo penal, tipos abiertos y elementos del deber jurídico, versión castellana por Enrique BACIGALUPO, Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1979.

[184] La tipicidad... p. 231.

[185] El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo, UNAM, México. 1992, p. 407.

[186] *Ibidem*, p. 165.

la fuente real, que legitima a la actividad legislativa. Esto quiere decir que el legislador (en su función legislativa penal), no debe ir más allá de los límites que le marca la necesidad social.[187] Precisamente, en la teoría de la ley penal, el objeto de conocimiento es la propia norma, donde todo es general, abstracto y permanente; consiguientemente, la presencia de la norma es condición para la existencia del delito y lo mismo ocurre con la punibilidad que constituye un antecedente del delito.[188] Con lo cual MÁRQUEZ PIÑERO considera que el Derecho Penal moderno está ya lejos de los venerables moldes de la sistemática causalista; ha transitado, y aún lo hace en buena medida, por caminos del finalismo, y se dirige a nuevos moldes, acordes con los adelantos de nuestra época, uno de los cuales puede ser, a juicio de este autor, el llamado modelo lógico del Derecho Penal.[189]

Las principales críticas que se han formulado a esta teoría son, como era de esperar, en principio, su incompatibilidad con el sistema moderno judicial, por carecer de interpretación de ley; y, en otro sentido, prescindir de la exigencia dogmática como presupuesto del tipo penal.

3. La tesis de SOSA ORTIZ. Sustentado en las reformas que en 1993 sufrió la Constitución Federal, en específico, la sustitución en el artículo 16 del término "cuerpo del delito", por "elementos del tipo penal", SOSA ORTÍZ, analizó los porvenires de esta reforma, en la doctrina y práctica judicial. Concluyó que a pesar de los esfuerzos de la doctrina mexicana de confeccionar un concepto de "cuerpo del delito", cada vez más amplio y funcional, debe reconocerse que no existía unificación, ni en la doctrina, ni en la legislación, respecto de su alcance y contenido.[190] En este sentido, considera el autor que la intención del constituyente permanente no fue la de hacer sólo una simple sustitución terminológica, no la de "articular el derecho sustantivo con el derecho adjetivo penal", sino que su objetivo primordial fue el de que se abandonara definitivamente la expresión "cuerpo de delito", que se mostraba reacia a ampliar su contenido, y sustituirla por la

[187] *Ibidem*, p. 175. En materia penal sustantiva, el legislador, a través de las normas penales, prohíbe acciones u omisiones, esto es, restringe las esferas de actuación de las personas. Esta restricción será benéfica para la sociedad sólo cuando se imponga en función de las necesidades sociales y, por lo mismo, cuando se oriente a eliminar aquellas situaciones gravemente desestabilizadoras del normal desarrollo social.

[188] *Ibidem*, p. 184.

[189] *Ibidem*, p. 407.

[190] Sosa Ortiz, Alejandro. Los elementos del tipo penal. La problemática de su acreditación, Porrúa, México. 1999, p. 54.

noción con la que infructuosamente ya se había pretendido identificar: "tipo penal del delito"; asimismo, que posteriormente, en la legislación secundaria, se definiesen claramente sus elementos y se diera un diferente contenido a la noción de responsabilidad, como finalmente aconteció mediante la modificación a los artículos 168 y 122 de los Códigos Procesales Penales Federal y para el Distrito Federal, respectivamente.[191] Con estas premisas, SOSA ORTÍZ considera correcta la afiliación que hizo el legislador, con la reforma, a la teoría final de la acción, puesto que en la praxis resultaba inoperante el criterio de ubicar el dolo y a la culpa como formas de culpabilidad.[192]

4. Las aportaciones de LUNA CASTRO. En la línea de los autores anteriores, en su obra "*El concepto de tipo penal en México*", establece cómo debe estudiarse la aplicación del concepto de tipo penal, el sistema federal de competencias entre Federación y Estados y la existencia de la bases constitucionales del procedimiento penal en nuestro país; de lo anterior destaca la permanencia del llamado auto de plazo constitucional y una posterior etapa de "instrucción".[193] De no ser así, se dará lugar a graves confusiones, así como al surgimiento de interpretaciones distintas, al pretender definir el alcance y contenido del concepto; todo ello es traducible en una indiscutible afectación a un elemental principio de seguridad jurídica,[194] legalidad y justicia, al propiciarse la aplicación de criterios antagónicos por parte de los órganos judiciales en la resolución de casos concretos y, en general, por parte de todos los sujetos implicados en la procuración y administración de justicia de nuestro país,[195] con lo cual, enfatiza, que en materia penal rige el principio de legalidad bajo la llamada plenitud hermética.[196]

De lo anterior, LUNA CASTRO considera necesario contar con un concepto único sobre el contenido de tipo penal y uno de los medios

[191] *Ibidem*, p. 56.

[192] *Ibidem*, p. 78.

[193] El concepto de tipo penal en México. Un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional, Porrúa, México. 1999, p. 90.

[194] El concepto de tipo penal en México... p. 203, para Luna Castro el principio de seguridad jurídica es una garantía individual de los gobernados, consagrada a nivel de carácter constitucional, de donde se deriva el encauzamiento de la autoridad estatal dentro de los márgenes de la constitucionalidad y legalidad, es decir, la obligación de que la autoridad se apegue en su actuación a leyes que le autoricen a actuar y sólo dentro de los límites y ante los supuestos en donde se faculte esa actuación, sobre todo en la materia penal donde prevalece además el principio de plenitud hermética y el de última intervención.

[195] *Ibidem*, p. 99.

[196] *Ibidem*, p. 106.

para lograrlo sería la unificación del Código Penal a nivel nacional,[197] por lo que el principal problema que se plantea es de índole político y no jurídico, pues desde el punto de vista legal no existe inconveniente para ello, ya que sería posible que una sola tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolviera el problema vinculado con el contenido del tipo penal, a nivel nacional, lo que en la actualidad no acontece, es decir, que el máximo tribunal del país no puede solucionar el problema derivado de la reforma asignando un solo contenido al concepto de tipo, mientras que en uso de su soberanía, emanada del sistema federal de competencias, las entidades federativas adopten diversas opiniones teóricas para asignarle significado a tal concepto.[198]

Concluye por demás acertadamente LUNA CASTRO, que el concepto de tipo penal es plurívoco; respecto y en relación con él subsiste en nuestro país un estado caótico de interpretación debido a la diversidad conceptual que le caracteriza[199] y de igual manera, la modificación o adición al actual artículo 73 de la Constitución Federal, a fin de asignar al Legislativo de la Unión, la facultad exclusiva, si no de crear un ordenamiento único para todo el país, sí al menos la de emitir una ley reglamentaria del citado artículo constitucional (...) pero con la obligación conveniente de atender a criterios rectores en lo referente a los principios fundamentales del proceso penal en el país, derivados de los propios artículos de la Constitución Federal, tales como el concepto de tipo penal y responsabilidad.[200]

5. *El injusto en los delitos dolosos*

Conforme al principio de legalidad, las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.[201] La ubicación del dolo y la culpa dentro de la teoría jurídica del delito ha sido objeto de debate entre los partidarios de las posiciones teóricas más importantes.

Por un lado, para los autores causalistas, la culpabilidad adopta dos formas: las más grave, denominado dolo, y la ahora llamada culpa o imprudencia, Por su parte, para los autores encuadrados dentro de la corriente finalista tanto dolo como imprudencia constituyen el elemento subjetivo de la acción y no forman parte de la culpabilidad. Como diferencia añadida a la mostrada con anterioridad, para los autores causalistas en el dolo se reprocha al autor porque ha querido

[197] *Ibidem*, p. 208.
[198] *Ibidem*, p. 210.
[199] *Ibidem*, p. 212.
[200] *Ibidem*, p. 218.
[201] Artículo 8º del Código Penal Federal.

la realización de la acción típica. Como consecuencia, entre los autores causalistas se ha repetido que se actúa dolosamente cuando se realiza el delito con conciencia y voluntad, pero no sólo del hecho sino también de su significación antijurídica. Por el contrario, los autores finalistas no realizan una valoración del dolo que se limita al conocimiento por parte del sujeto activo a los aspectos fácticos de la acción, pero no a las consecuencias jurídicas de la misma, que forman parte de la culpabilidad.

En lo que sí existe coincidencia es que para unos y otros autores, el dolo supone el tipo subjetivo del delito intencional que permite imputar el hecho, no tan sólo objetivamente sino subjetivamente, al sujeto activo de los ilícitos penales.

Como bien lo señala OLGA ISLAS, el Código Penal define al dolo en el artículo 9º párrafo primero: "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley". En consecuencia: dolo es conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo penal.[202] Para definir la voluntad dolosa deben tomarse como base los elementos objetivos del tipo, y ello por tres razones:

a) Los elementos del tipo se clasifican en objetivos y subjetivos;
b) El dolo es uno de los elementos subjetivos del tipo;
c) El objeto al cual se refiere el dolo es precisamente la parte objetiva del tipo. Empero como este concepto de dolo corresponde a un dolo neutro, natural, no valorado, dolo entendido como hecho puramente psíquico, es menester excluir toda referencia a los elementos objetivos valorativos, que son el deber jurídico penal y la violación del deber jurídico penal. De no ser así, es decir, si se aludiera a todos los elementos objetivos, tanto valorativos como no valorativos, se caería en un concepto de dolo valorado, propio de las teorías causalistas, con todas sus contradicciones.

En relación con la ubicación de dolo en la acción, en alguna forma se coincide con el finalismo, debido a que el concepto de acción del Derecho Penal no puede ser distinto del concepto ontológico de acción, porque los delitos son acciones de la vida real, no son entes metafísicos; son actividades o inactividades en las que el ser humano pone en juego su voluntad.[203]

[202] ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga..., p. 37.
[203] *Ibidem*, pp. 37-38.

Por otro lado, el tipo de injusto no está compuesto sólo de elementos objetivos de naturaleza descriptiva o normativa. La acción u omisión subsumible en el tipo no es un simple proceso causal ciego, sino un proceso causal regido por la voluntad. De ahí se desprende que, ya a nivel de tipicidad, debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad (fin, selección de medios, etcétera). Es por ello, que el tipo de injusto requiere siempre una parte subjetiva, lo que desde la perspectiva de la antijuridicidad se denomina el "desvalor subjetivo de la acción", integrada por el dolo o por la culpa o, en algunos tipos (fundamentalmente en los delitos cualificados por el resultado), por una combinación de dolo y culpa. A ello se puede unir en algunos delitos la exigencia de alguno de los denominados elementos subjetivos (específicos) del tipo o del injusto.[204] Por consiguiente, según la posición mayoritaria,[205] con la cual se comparte el criterio, no sólo en los tipos con específicos elementos subjetivos del injusto deba ser analizada, sino en todos los tipos que requiera una parte subjetiva. Esto es, el dolo penal se haya constituido por dos elementos, a saber: el conocimiento que tiene una persona de que un hecho o una omisión son delictuosos, y la voluntad de infringir la Ley Penal, (artículo 9 del Código Penal Federal), lo que supone un mayor desvalor subjetivo de la acción, pero también generalmente una mayor peligrosidad que en la correspondiente a la acción culposa,[206] como son los casos de peculado, en donde es claro que el

[204] El ánimo de lucro no es posible sin el conocimiento del carácter ajeno de la cosa. No tiene sentido, por otra parte, el incluir sólo en el tipo de lo injusto, como lo hace MEZGER, Edmundo, *Derecho Penal, Parte General*, México, Cárdenas Editores, 1990, el conocimiento del carácter ajeno de la cosa y dejar, en cambio, los restantes elementos del dolo para la culpabilidad.

[205] Para la doctrina mayoritaria en la actualidad, que ubica el dolo y la culpa dentro del tipo como parte subjetiva, pero rechaza la existencia de parte negativa del tipo, ya que considera que las causas de justificación sólo excluyen otro elemento distinto posterior al tipo: la antijuridicidad, naturalmente que el estudio de la parte subjetiva del tipo debe preceder al de la antijuridicidad y por tanto al de las causas de justificación. En cambio, desde la concepción del tipo global de injusto aquí defendida también podría plantearse la posibilidad de examinar primero la parte objetiva del tipo, después la parte negativa y por último la parte subjetiva del tipo de injusto, es decir, dolo, error de tipo y culpa, que al fin y al cabo van referidos tanto a los elementos positivos como a los elementos negativos del tipo. Sin embargo la anticipación del examen del tipo subjetivo tiene a su favor las razones antes indicadas y además la ventaja de coincidir con el orden expositivo de la doctrina mayoritaria que no acepta la teoría de los elementos negativos del tipo.

[206] Debe recordarse que la teoría del delito ofrece al intérprete un instrumento para el análisis jurídico penal de un hecho de la vida real. Es una propuesta metodológica, un modelo de interpretación del Derecho, con una enorme utilidad práctica. El hecho es uno solo y es dividido en diferentes aspectos por exigencias del

sujeto que ha sido admitido en su empleo, mediante severos requisitos legales, no puede ignorar que el dinero que se le entregaba, sólo podía utilizarse para los fines de su cargo, esto es, para verificar los pagos correspondientes; y con relación al segundo de los elementos, es evidente que el hecho de haber consumado la sustracción, revela, por sí mismo, la voluntad de perpetrarla; en los delitos contra la salud, subsiste el mismo criterio conforme a la tesis de la Novena Época, visible en el Tomo: III, Marzo de 1996, Tesis: 1a./J. 7/96, Página 477, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, del tenor siguiente:

> "**POSESIÓN DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICOS EN DELITOS CONTRA LA SALUD. SU NECESARIA VINCULACIÓN CON LA FINALIDAD.** El tipo penal previsto en el artículo 195 del Código Penal Federal establece sanción para el poseedor de alguno de los estupefacientes y psicotrópicos señalados en el normativo 193, pero ello siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194. Para el acreditamiento del elemento subjetivo es sin duda la confesión un medio idóneo aunque por sí sola no es suficiente, pues en la mayoría de los casos en que ella exista habrá que vincularla con otras que estén aparejadas, con la comprobación del resto de los elementos típicos de carácter objetivo. Resulta, por tanto, necesario demostrar primeramente los elementos de carácter objetivo del tipo penal, como son: la existencia de la droga, el tipo y la cantidad de la misma que el sujeto poseía (o transportaba), así como circunstancias de lugar, tiempo, y ocasión; después habrá que analizar la existencia de los elementos subjetivos, como son el dolo y la especial finalidad, para lo cual es idónea la confesión del inculpado de que efectivamente la poseía y que la llevaba consigo para realizar alguna de las acciones a que se refiere el artículo 194, es decir: comerciar, traficar, introducir, etcétera. En tales circunstancias, el juzgador al resolver debe efectuar un enlace concatenado de los elementos objetivos con el aspecto subjetivo, y con todo ello determinar la finalidad del agente respecto del destino del narcótico, no resultando por tanto suficiente la sola afirmación aislada de dicha circunstancia sin la vinculación con otros medios de prueba."

método analítico. Sin duda, el conocimiento del sujeto abarca muchos más aspectos que los elementos típicos. Sólo a efectos del dolo se exige el conocimiento de éstos, a dichos efectos sólo éstos tienen relevancia. Pero, como veremos en el momento de la antijuridicidad, esta exigencia de conocimiento se extiende a los presupuestos de las causas de justificación. En caso contrario, según se verá, no podrá apreciarse la causa de justificación.

6. *La prueba del dolo en el proceso penal*

Los planteamientos expuestos en el curso de este capítulo conforman lo que aquí se ha optado por denominar *situación de consenso*. En este sentido puede incluso añadirse el conocimiento ajeno que no se corresponda con los criterios sociales, pues en tal caso ya no será posible entender que los resultados finales cumplan con las condiciones que permiten legitimar una condena pese al inevitable riesgo de error que en ella concurra. En cualquier caso, de todas las teorías anteriormente mencionadas, existe un acuerdo práctico sobre el fondo de la cuestión del dolo y sus discrepancias sólo afectan a la terminología que debe emplearse para describir los términos de tal acuerdo o, residualmente, al tratamiento que debe dispensarse a supuestos de importancia marginal. Por esto, el recurso del juez a las ciencias empíricas parece ser el medio por excelencia para determinar si, en el momento de realizar una conducta objetivamente típica, un sujeto ha contado con el grado de conocimiento requerido por el dolo,[207] como así lo ha sostenido el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, en la tesis VI.2o.P.23 P, Novena Época, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XV, Marzo de 2002, página 1425, cuyo contenido es:

> "**PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD, DELITO DE. CASO EN QUE NO SE CONFIGURA (CÓDIGO PENAL FEDERAL).** El delito de privación ilegal de la libertad previsto y sancionado por el artículo 366, fracción I, inciso b), del Código Penal Federal, en una de sus hipótesis, contiene como elementos integradores: a) Una acción, consistente en que el activo del delito prive de la libertad a una persona; b) Un inicial elemento subjetivo específico, tocante a que la privación de la libertad sea con el propósito de detener como rehén a una persona; c) Un dolo específico, ínsito en la amenaza proferida a la autoridad, consistente en privar de la vida o causar un daño al rehén; d) Un elemento normativo (en el caso específico) tocante al término «autoridad», que sujeto a valoración jurídica debe entenderse como tal, aquel ente público que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta u omite ejecutar un acto cualquiera; e) Un segundo elemento subjetivo específico, relativo a que la amenaza a la autoridad sea con el fin de que ésta realice u omita realizar un acto cualquiera. De ahí que si en la especie la amenaza de privar de la vida o causar daño se concretó por los activos hacia los rehenes y, por ello, su alcance se limitó a la psique y ánimo de los privados de su libertad, pero no trascendió a la esfera de la autoridad, quien no tuvo conocimiento de la dañosa intención de los sujetos de la acción, entonces debe concluirse que la autoridad nunca estuvo en estado de coacción para que movida por el afán de preservar la vida o integridad física de los rehenes, como valor supremo, realizara o dejara de realizar un acto cualquiera y, por ende, como la amenaza se cernió sobre los rehenes pero no en la autoridad, en consecuencia, el delito en comento no se concretó y, por consiguiente, debe otorgarse la protección constitucional al impetrante del amparo."

[207] Así, RAGUES I VALLES, Ramón, El dolo y su prueba en el proceso penal... pp. 215 y s. Las disciplinas científicas consideradas habitualmente competentes para el análisis de la psique humana son, básicamente la Psicología y la Psiquiatría. Dado que el conocimiento ajeno y pretérito resulta inaccesible a los sentidos del juez en el momento del proceso, éste debería acudir, desde un punto de vista teórico, a representantes de las citadas disciplinas para que, a través de sus informes periciales, revelasen cuál fue el hecho delictivo de acuerdo con los conocimientos consolidados en sus respectivas ciencias. Desde estas perspectivas, el psicólogo o el psiquiatra desempeñarían en el ámbito del dolo un papel similar al que, respecto de la prueba de otros elementos del delito, pueden ejercer, por citar dos ejemplos, el perito caligráfico o el experto en balística.

Por los anteriores motivos, RAGUÉS I VALLÉS, pone en evidencia que "una aplicación de la concepción psicológica del dolo que cumpla con las condiciones de legitimidad que esta misma perspectiva exige debe respetar una premisa fundamental: las reglas en que se basa la constatación del conocimiento deben aportar certeza, pues sólo de este modo es posible asegurar una plena correspondencia entre hechos probados y realidad psicológica y sólo así, igualmente, puede garantizarse que con la imposición de la pena no se esté corriendo el riesgo de instrumentalizar al reo y de atentar contra su dignidad.[208] Las escasas aportaciones de las ciencias empíricas, explica RAGUÉS I VALLÉS, se centran en un tipo de delincuencia muy específico (básicamente violenta) y se limitan a decir en qué concretos casos es muy probable que *no* concurra dolo. Sin embargo, el silencio es absoluto en el momento de dar pautas para establecer *cuándo concurre efectivamente* el conocimiento en que se basa la imputación dolosa y cómo puede determinarse éste en modalidades delictivas tan diversas como, por ejemplo, el delito fiscal, la estafa o la receptación".[209]

Algo que reconoce explícitamente RAGUÉS I VALLÉS, es que "el papel de las ciencias empíricas queda circunscrito, incluso por sus principales defensores, a un plano mucho más secundario: se afirma que el juez debe tener en cuenta las opiniones de los peritos, *con un mero valor indiciario*, en el momento de valorar la prueba y formar su

[208] RAGUES I VALLES, Ramón, El dolo y su prueba en el proceso penal... p. 220.
[209] *Ibidem*, p. 230.

convicción".[210] Esta idea es defendida por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito en la tesis XX.97 P, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo IV, Diciembre de 1996, página 383, cuyo contenido es:

> "**CULPABILIDAD EN LOS DELITOS DOLOSOS O CULPOSOS. ES OPERANTE LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL O INDICIARIA, PERO CORROBORADA CON OTRAS PRUEBAS PARA ACREDITARLA.** Para acreditar la culpabilidad, tanto en los delitos dolosos como en los culposos, es admisible la prueba circunstancial o indiciaria como la denomina el Código Federal de Procedimientos Penales en los artículos 285 y 286, pero sólo cuando se encuentra corroborada con otras pruebas, en virtud de que dicho elemento de convicción está basado sobre el razonamiento, teniendo como punto de partida hechos o circunstancias que están probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido; esto es, un dato por completar, una incógnita por determinar o una hipótesis por verificar, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable y acerca de las circunstancias del acto incriminado."

Esta perspectiva parece resultar, en principio, perfectamente lógica y coherente en una sociedad como la actual, en la que se atribuye a determinadas disciplinas científicas la capacidad de aportar conclusiones ciertas acerca de la realidad.

El medio probatorio por excelencia al que se recurre en la práctica para determinar la concurrencia de los procesos psíquicos sobre los que se asienta el dolo no son ni las ciencias empíricas, ni tampoco la confesión autoinculpatoria del sujeto activo. Las enormes dudas que suscita la primera vía y la escasa incidencia práctica de la segunda, llevan a que la mayoría de supuestos se acaben resolviendo a través de un tercer medio de prueba: la llamada *prueba indiciaria o circunstancial*, plasmada en los denominados *juicios de inferencia*. En este sentido se pronuncia la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a./J. 24/97, Novena Época en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: V, Junio de 1997, visible en la Página 223, con la rúbrica y contenido siguiente:

[210] *Ibidem*, p. 231, igualmente SILVA MEZA, Juan, Repercusión de las reformas constitucionales en materia penal, en Revista de Política Criminal y Ciencias Penales, número especial, publicación semestral, México, agosto 1999, pp. 261 y ss.; SOSA ORTIZ, Alejandro, Los elementos del tipo penal. La problemática en su acreditación, México, Porrúa, 1999, principalmente p. 176; FIGUEROA VELÁSQUEZ, Rogelio, El delito de lavado de dinero en el Derecho penal mexicano... pp. 227 y 228.

> "**PRUEBA INDICIARIA, LA FORMA DE OPERAR LA, EN EL DERECHO PROCESAL PENAL Y CIVIL, ES DIFERENTE AL DEPENDER DEL DERECHO SUSTANTIVO QUE SE PRETENDE.** El Derecho procesal es el instrumento que sirve para la observancia efectiva del Derecho sustantivo, por lo que, a las características y particularidades de este Derecho, se encuentran adecuados los tipos de procedimientos que les resulte conveniente para su concreción judicial, de lo que se sigue que, si los derechos sustanciales llegan a tener naturaleza discordante uno de los otros, resulta que los procedimientos que se le ajusten deberán ser también discordantes y contener reglas y especificidades en consonancia con la naturaleza del Derecho material al cual sirvan, de lo que se colige que si al derecho civil se le reputa como privado y al penal como público, ello lleva ya implícita la diferenciación de sus naturalezas y, por lo mismo, de esto se deriva que los procedimientos que les son relativos presenten formas de actuación divergentes, de esta manera se explica que en el Derecho civil, el litigio normalmente, por considerarse privado, afecta tan sólo a las partes; en cambio, en el Derecho penal la relación jurídico-criminal entre el Estado y el imputado, interesa a toda la sociedad, ésta es la causa de que en el proceso civil, en materia de pruebas, sea en las partes en conflicto, sobre quienes gravite, principalmente, la carga probatoria; en el proceso penal, el órgano jurisdiccional está facultado para ordenar el desahogo de las pruebas, tantas como se requieran, para tratar de obtener el conocimiento de la verdad real; de tal suerte que, en el proceso civil, el Juez, la mayoría de las veces, debe resignarse a conocer los hechos del debate en la forma en que las partes se los presenten y prueben; por el contrario, en el proceso penal se permite la investigación y averiguación como potestad ilimitada otorgada al juzgador para allegarse de los medios de convicción que estime necesarios al juicio, precisamente porque la relación criminal que surge es eminentemente pública; lo que significa que, en este último proceso, se concibe una mayor facultad para el Juez, que la que tiene el Juez civil, no tanto en la tarea de juzgar cuanto en la de probar; es decir, en la etapa del juicio, ambos Jueces tienen la misma atribución para estimar la aplicación del Derecho sustantivo a los hechos, no así por lo que hace a la investigación y conocimiento de los hechos, lo cual se refleja respecto de la prueba indiciaria, pues el Derecho civil la limita, dado que carece de todo valor probatorio en algunos casos; a guisa de ejemplo, se toma como referencia lo previsto por el artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, cuyo contenido es del tenor siguiente: «La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad."; como puede observarse, la filia-

ción del padre en la hipótesis transcrita únicamente se podrá probar mediante los medios de convicción a que alude la norma, sin que se pueda acreditar con la prueba circunstancial o indiciaria; en cambio, en el proceso penal, en el supuesto del delito de parricidio, en donde la víctima es el padre y el inculpado un hijo fuera de matrimonio de aquél, para tener por comprobado uno de los elementos del tipo penal de dicho ilícito, como lo es el parentesco entre sujeto activo y pasivo, no es indispensable que exista resolución prejudicial civil, e inclusive ante la falta de actas del Registro Civil, la liga de filiación puede establecerse por cualquier medio probatorio procesal, dado el realismo de la legislación penal."

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación suele buscar apoyo legal para la prueba de indicios en los artículos 260 y siguientes del Código Federal de Procedimientos Penales. Tal y como lo sostiene la Primera Sala, con la tesis 1a./J. 23/97, Novena Época, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: V, Junio de 1997, visible en la página 223, bajo la rúbrica y texto siguiente:

> **"PRUEBA INDICIARIA, CÓMO OPERA LA, EN MATERIA PENAL.** En materia penal, el indicio atañe al mundo de lo fáctico, porque es un hecho acreditado que sirve de medio de prueba, ya no para probar, sino para presumir la existencia de otro hecho desconocido; es decir, existen sucesos que no se pueden demostrar de manera directa por conducto de los medios de prueba regulares como la confesión, testimonio o inspección, sino sólo a través del esfuerzo de razonar silogísticamente, que parte de datos aislados, que se enlazan entre sí, en la mente, para llegar a una conclusión."

7. *Error de tipo*

El cuadro completo de un delito doloso sólo se da cuando aquello que comete el autor contiene todos los elementos del delito, y cuando el autor ha reproducido en su subjetividad los elementos esenciales de estos hechos. Por ello, sólo podemos hablar de un hecho dolosamente cometido si la representación del autor del delito coincide con este mismo delito. Sin embargo, podemos señalar dos categorías en las cuales falta tal coincidencia. En uno de los casos, la representación del autor excede el ámbito del hecho objetivo; en el otro, el acontecer objetivo no es abarcado en su integridad por la representación del autor,[211] se trata de un *error*. El error en términos generales es la ignorancia o falsa apreciación de una situación.

[211] CEREZO MIR, José, Curso de Derecho penal español, parte general II..., p. 131, considera que en un sentido más estricto, comprende la conciencia de los elementos

Durante mucho tiempo predominó en el Derecho penal la división del error proveniente del Derecho civil, que distinguía entre error de hecho y de Derecho.[212] De ahí que los errores se puedan

objetivos del tipo que concurren en el momento de dar comienzo a la acción típica y la previsión de la realización de los restantes elementos objetivos del tipo y, por tanto, de la producción del resultado, en los delitos de resultado material. En estos delitos, el dolo comprende, asimismo, la previsión del curso causal entre la acción y el resultado y el conocimiento de las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva del resultado. El autor ha de conocer, por tanto, la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*.

[212] MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho penal mexicano..., pp. 386 y 387; explica que el Código Penal mexicano de 1931 originalmente previó los conceptos del error de hecho y el error del derecho, en los artículos 9 y 10, en los términos siguientes:

El error de hecho o error *facti*, lo recogió el texto regulado confusamente junto con el concepto de dolo de consecuencias necesarias relacionado con el dolo indeterminado o indefinido, al expresar: "...no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito", disposición que estaba en relación con el concepto del dolo previsto en el mismo artículo 9, fracción II, que reconocía el desafortunado principio de presunción de intencionalidad delictuosa, cuyo contenido de carácter eminentemente procesal se contrapone al principio de inocencia, uno de los pilares fundamentales de todo Derecho penal liberal, en los términos siguientes: "la intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario... dicha presunción no se destruirá aunque se pruebe que el acusado previó o pudo prever esa consecuencia, por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes", lo que supuso una presunción *iuris tantum* sobre el particular. Como soporte a lo anterior se cita la tesis jurisprudencial siguiente:

"DOLO INDETERMINADO, REQUISITOS PARA QUE OPERE LA PRESUNCION DE. Asiste razón al peticionario de garantías al manifestar que no tuvo intención de causar un daño que produjera la muerte del hoy occiso; que su fallecimiento se debió al estado de ebriedad en que se encontraba y al golpe que recibió al resbalar sobre la banqueta; que su intención fue rechazarlo, sin estar a su alcance prever los daños que el ofendido se podía causar. En efecto, el contenido de las pruebas sujetas a estudio se advierte lo siguiente: si bien es cierto que a consecuencia del golpe (puñetazo) que el hoy quejoso propinó en la cara a su contendiente, quien había ingerido bebidas alcohólicas, éste último perdió el equilibrio y al caer se golpeó la cabeza contra el pavimento, ocasionándose fracturas del occipital, mismas que de acuerdo con el dictamen de necropsia que obra en autos, fueron la causa de su muerte por traumatismo craneoencefálico clasificado por peritos oficiales como mortal, lo cual pone de manifiesto un nexo de continuidad causal entre la original lección y la muerte final resultante; también es de estimarse que dicha consecuencia letal, aunque causada en esa forma, no puede ser a cargo del hoy quejoso en orden a la culpabilidad, porque la caída y fractura del occipital que produjo la muerte de la víctima, no era previsible para el acusado como resultado del golpe que propinó en la cara al ofendido, y si bien es cierto que el agente que obra con dolo indeterminado responde de las consecuencias de su acto, ello es a base o condición de que el resultado sea consecuencia necesaria y notoria de la conducta desplegada, o efecto ordinario y, por lo mismo, previsible,

clasificar en dos categorías: el error que se refiere al sentido lingüístico de una expresión, y error que se refiere a los presupuestos fácticos bajo los cuales la expresión se aplica acertadamente en un caso determinado. El error referido al contenido de la norma fijado en el tipo es un subcaso de error de la primera categoría y se puede caracterizar como error de Derecho (relevante para la culpabilidad). En cambio, el error de hecho (que excluye el dolo) es un subcaso de error de la segunda categoría.

Este planteamiento tan claro pronto se tornó confuso con la constatación de los elementos normativos del tipo, que implicaban momentos de valoración ya en la tipicidad. De ahí que, con posterioridad se acogiera en forma predominante la clasificación de error de tipo[213] y error de prohibición:[214] primero, porque, cuando en una descripción legal contienen elementos normativos del tipo, el error sobre algunos de ellos puede deberse a un error de Derecho y sin embargo, ya un error de tipo y no meramente un error sobre la prohibición; segundo, porque a partir del finalismo un sector doctrinal mantiene que el error sobre las circunstancias fácticas de una

del hecho u omisión, como lo requiere el artículo 9o. del Código Penal de la fracción II, para que quede firme la presunción de dolo a que se contrae dicho precepto. En la especie se apreció lo contrario, esto es, que el resultado final, o sea, la muerte de la víctima, no fue, en el caso de autos, consecuencia necesaria y notoria del puñetazo que recibió en la cara, ni efecto ordinario y por lo mismo, previsible, del mencionado golpe, el cual, en todo caso, ocasionó una lesión de carácter leve, denotando todo ello la falta de intención del acusado para privar de la vida a su víctima y tan sólo el propósito de lesionarla o herirla; conducta dolosa ésta, por otra parte, que impide atribuir a los hechos carácter imprudencial".

[213] Tal criterio vino a ser modificado por vía de la importante reforma operada en diciembre de 1983 y publicado en el Diario Oficial de la Federación del 13 de enero de 1984, que también modificó la fracción XI del artículo 15, relativo a las circunstancias excluyentes de responsabilidad, en que se reguló el error conforme a su nueva concepción, con el texto siguiente: "Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de algunos de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta", quedando así, recogida la regulación relativa tanto al error de tipo, como también del error de prohibición.

Posteriormente, el mismo artículo fue modificado por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 10 de enero de 1994 que estableció las bases de la nueva regulación sobre el error, en la fracción VIII del propio artículo 15.

[214] El artículo 9, fracción III, de manera más clara incorporó el concepto del error de derecho o error *iuris*, expresando que se presume también el dolo aunque se pruebe que el acusado "...creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla". Como se observa regía el principio de la *ignorantia vel error iuris non excusat* y del error *iuris nocet*. Esas disposiciones tienen su antecedente en lo dispuesto en el Código Penal de 1871 que mantuvo la misma presunción, aun cuando se probara la ignorancia de la ley.

causa de justificación, pese a ser un error de hecho, es un error de prohibición, y no un error sobre el tipo excluyente del dolo.[215]

La regulación de ese error en nuestra legislación no fue plasmada hasta la reforma del Código Penal de 1984. Antes de ello, la doctrina procuró elaborar teorías en torno al problema que a menudo se presentaba en tribunales: el tratamiento que debía darse a los supuestos en los que el sujeto actuaba con desconocimiento o error sobre la existencia de alguno de los elementos de la norma penal o cuando actuaba ilícitamente sin saberlo.

Conforme al artículo 15, fracción VIII, del Código Penal Federal, el delito se excluye, cuando se realice la acción u omisión bajo un error invencible:

a) sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
b) respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley, el alcance de la misma, o porque crea está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código.[216]

Lo anterior es ratificado con la jurisprudencia emitida dentro de la Séptima Época, Tomo II, Parte SCJN, tesis 148, publicada en el apéndice de 1995, en la página 84, con la rúbrica:

"**ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO O ERROR DE PERMISIÓN**. El artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal, recoge como circunstancia excluyente de responsabilidad, tanto el error de tipo como el llamado «error de prohibición indirecto» o «error de permisión», hipótesis que requieren en el error el carácter de invencible o insuperable, pues de lo contrario dejarían subsistente la culpabilidad. En ambos errores, el agente carece del conocimiento de que el hecho ejecutado guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal, bien porque dicho error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por la ley

[215] *Cfr.* FIGUEROA VELÁSQUEZ, Rogelio M., El delito de lavado de dinero en el Derecho penal mexicano..., pp. 370 y 371.

[216] Por su parte MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal, Parte General..., pp. 283 y s., afirma que la reforma de 1994 hizo suya la teoría finalista en relación con el error. En este sentido también MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, La regulación del error en la legislación penal mexicana, en Revista de Política Criminal y Ciencias Penales, número especial, publicación semestral, México, agosto 1999, p. 85.

para integrar el tipo delictivo, o porque el mismo verse sobre el carácter ilícito del propio hecho, pues en el error de prohibición indirecto o error de permisión, el sujeto cree no quedar comprendido en la infracción punible, al calificar subjetivamente como lícito su propio actuar, no obstante que su proceder es objetivamente contrario a la ley, generando el vencible error, el reproche al autor por su conducta típica y antijurídica. En el caso particular considerado, no opera en favor del quejoso la excluyente de responsabilidad mencionada, por no haber ignorado que los tres envoltorios que le fueron recogidos al momento de su detención, contenían marihuana, y tan es así, que antes de efectuarse ésta le había proporcionado a su coacusado parte del estupefaciente que inicialmente poseía, lo cual demuestra la inexistencia de ambas clases de error".

El campo de actuación del artículo 15, fracción VIII, inciso a), del ordenamiento sustantivo en cita, es exclusivamente la parte objetiva del tipo del delito doloso. Es decir, lo decisivo para su aplicación es que el error se refiera a elementos objetivos que puedan ser congruentes. Ejemplo, quien dispara a un hombre en la suposición de que se trata de un espantapájaros no comete un homicidio doloso. Y a la inversa: quien modifica un papel borrador en la suposición de que se trata de un recibo comete una tentativa de falsificación de documento. Queda en la oscuridad, en cambio, "el error, referido al lenguaje, sobre el sentido. Todos lo problemas correspondientes circulan en torno a esta forma de error, desde el error de subsunción pasando por el delito putativo hasta la valoración paralela del lego".[217] Al respecto se hace superflua una especial mención de las circunstancias agravantes de la penalidad, porque también ellas son elementos del tipo que sirven para derivaciones de tipo calificante. No obstante, el delito fundamental doloso puede subsistir, aun cuando las eventuales calificaciones de éste deben ser descartadas, por no hallarse abarcadas por el dolo, como es el caso del delito de asalto, que define el artículo 294 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, es correlativo con la descripción a que se contrae el numeral 295 del citado Código. Pues el legislador instituyó que comete el delito de asalto, el que en despoblado o en paraje solitario, hace uso de la violencia contra una persona con el propósito de causarle un mal o de exigir su asentimiento para cualquier fin, cualesquiera que sean los medios y el grado de violencia que emplee, e independientemente del hecho delictuoso que resulte cometido; en tanto que el ilícito de atraco es

[217] En este sentido KINDHÄUSER, Urs, Acerca de la distinción entre error de hecho y error de Derecho, En el error en Derecho penal, Buenos Aires, Argentina, Ad-Hoc, 1999, p. 149.

cometido, cuando los hechos a que se refiere el artículo anterior, se realizan en una calle o suburbio de una ciudad, de un pueblo o ranchería. Luego, si el último de los delitos mencionados, hace remisión expresa al diverso numeral que prevé el relativo al de asalto, siendo la única diferencia entre uno y otro, en que el primero se consuma en despoblado o en paraje solitario y el segundo en calle o suburbio de una ciudad, de un pueblo o ranchería, dichas hipótesis normativas, según se desprende de su lectura, aun cuando esencialmente tutelan como bien jurídico la seguridad de las personas, su diferencia radica en la circunstancia del lugar en que se cometen, de modo que, si la conducta típica no se ejecutó en despoblado, entonces, es inexacto que se impute al activo el delito de asalto, al no requerirse de esa circunstancia para poder sancionar al infractor de la norma. Otro supuesto que encontramos más frecuente es en los delitos contra la salud, al ser la principal clase de error, en la cual se alega es el que recae sobre el hecho de que la sustancia cause graves daños a la salud, es decir, sobre elemento típico agravante. Básicamente se ha desestimado la presencia de error con los argumentos siguientes:

1. Ser un hecho notorio para todo aquél que está iniciado en el mundo de las drogas, la distinción entre las llamadas drogas duras y las blandas.
2. Por ser irrelevante el desconocimiento del principio activo.
3. Por tener el autor conciencia de la antijuridicidad o por lo menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho.

No obstante, en algunas ocasiones se ha estimado el error de tipo sobre elementos que agravan la pena por entender que las sustancias aprehendidas todavía no tenían la consideración social de gravemente perjudiciales para la salud.

Por ello, el dolo en su elemento intelectual ha de extenderse a las condiciones que ha de reunir el sujeto activo, esto, en los delitos especiales, pues se trata de elementos objetivos del tipo.[218] En los cometidos por servidores públicos por ejemplo, el sujeto ha de tener conciencia de su condición de funcionario. No es necesario tampoco aquí, como en los restantes elementos normativos del tipo, una

[218] En el mismo sentido véanse DAZA GÓMEZ, Carlos, Teoría general del delito..., p. 128; FIGUEROA VELÁSQUEZ, Rogelio M., El delito de lavado de dinero en el Derecho penal mexicano..., p. 368; MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal mexicano..., p. 300. Plascencia Villanueva, Raúl, Teoría del delito..., p. 119.

subsunción exacta, basta con el que el sujeto tenga conciencia de que participa en el desempeño de las funciones públicas.[219]

Cuando el autor desconoce que concurre algún componente del tipo objetivo (ignorancia) o actúa con una falsa representación de los mismos (error) queda eliminado el conocimiento, y consiguientemente el dolo. Esta regulación coincide con la doctrina y la jurisprudencia.[220] Esto es, el error de tipo excluye el dolo, cuando es vencible, por lo que deja subsistente una posible responsabilidad a título de culpa. El error invencible, es aquel que el autor no hubiera podido superar ni con el empleo de una gran diligencia, es decir, excluye la responsabilidad tanto a título de dolo como de culpa.

El error puede recaer sobre distintos elementos típicos. De acuerdo con ello se distingue entre:

a) ***Error sobre el objeto de la acción*** "*error in objeto vel in persona*" resulta en principio irrelevante por ejemplo, que el autor haya querido apropiarse del abrigo de uno y lo haya hecho del otro o que, queriendo matar a uno, se haya confundido de víctima y haya matado a otro; en ambos casos hay un único delito doloso consumado de robo y homicidio.[221] Al error hay que considerarlo relevante cuando se trata de los mismos objetos pero con diferente protección jurídica, o de objetos heterogéneos. Son los casos, del que quiere matar al Jefe de Estado y da muerte a un escolta que se parece, o del que quiere causar daños materiales y además causa la muerte de una persona. En estos casos el error obliga a reconocer la concurrencia de dos delitos, en el primer caso, un delito de homicidio tentado del Jefe de Estado y un homicidio doloso consumado del escolta, y en el segundo, un concurso de delito de daños consumados con un delito culposo de homicidio.

b) ***Error sobre la relación de causalidad***. Generalmente se parte de la base de que pese a la desviación del curso causal, sigue habiendo relación causal y se sostiene que el error sobre una desviación no esencial del curso causal es irrelevante y no excluye el dolo, ya que éste no tiene que abarcar en sus detalles toda la relación causal, lo

[219] Quien no sabe lo que hace no quiere, y por consiguiente el error de tipo es el aspecto negativo intelectual o cognitivo. Al respecto, sólo en la medida en que el sujeto haya obrado con una fiel representación de los elementos que lo componen, se puede afirmar que existe voluntad de realizar el tipo objetivo. Si hay conocimiento, puede admitirse la voluntad realizadora del tipo objetivo.

[220] Véase entre otros el Semanario Judicial de la Federación, séptima época, Vols. 193-198, 2ª parte, p. 23; séptima época, informe 1986, 2ª parte, Primera Sala, p. 12; séptima época, Vols. 139-144, 2ª parte, p. 88; informe 1987, parte II, p. 21.

[221] En sentido similar Daza Gómez, Carlos, Teoría general del delito..., p. 129.

que normalmente sólo es asequible a expertos. Por el contrario, si el resultado se produce de un modo totalmente desconectado de la acción del autor, todo lo demás podrá imputarse como tentativa.

c) En los delitos contra la vida y la integridad corporal puede darse lo que se llama ***error en el golpe*** "*aberratio ictus*" (literalmente significa "equivocación" del golpe); y se produce cuando se desvía o modifica el curso causal previsto por el autor, pero tampoco alcanza al objeto representado y querido por aquél, sino a otro objeto distinto y más o menos cercano al primero. Por ejemplo, la mala puntería le lleva al autor a alcanzar a B cuando quería matar a C. En estos casos nos encontramos, según la doctrina tradicional, ante un único delito doloso de homicidio, sustancialmente al advertirse la acción final del sujeto activo; algunos, dentro de esta corriente, reflexioanan quizás procedería considerar relevante el error y apreciar un concurso ideal de homicidio doloso tentado y homicidio doloso consumado. Frente a esto, otro sector doctrinal considera que hay un delito frustrado —de homicidio, lesiones, robo, etc.— en la acción con la que se pretende alcanzar al objeto o persona representados, generalmente en concurso ideal con un delito imprudente respecto de la lesión del objeto o persona efectivamente alcanzados, si ello, aunque no querido, era objetivamente previsible y atribuible a una infracción del cuidado debido, baste de ejemplo la tesis aislada I.5o.P.18 P, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación con el Registro 187,822, novena época, tomo: XV, Febrero de 2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, página 792, bajo la rúbrica:

> **"DELITOS CULPOSOS. CONCURSO IDEAL. SI EL JUZGADOR IMPONE SANCIÓN SÓLO POR EL ILÍCITO CUYA PENA CONSIDERÓ LA MAYOR, Y ÉSTE NO LO CONTEMPLA EL ARTÍCULO 60, SEGUNDO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EL QUEJOSO NO PODRÁ QUEDAR EXENTO DE PENAS, POR LOS RESTANTES DELITOS NO SANCIONADOS.** Si el enjuiciado es condenado por diversos delitos de naturaleza culposa, causados por un solo acto o una omisión (concurso ideal), y se le impuso en términos del artículo 64, párrafo primero, del Código Penal para el Distrito Federal, únicamente la pena correspondiente al delito de lesiones previsto por el artículo 289, parte primera, por considerarlo el de mayor penalidad, pero por éste no puede imponerse sanción alguna, por no estar expresamente contemplado en el artículo 60, segundo párrafo, del mismo ordenamiento legal, el quejoso no podrá quedar exento de las penas que le correspondan por la comisión de los restantes ilícitos

que perpetró y no fue sancionado, porque aun cuando el primero de los preceptos mencionados faculta al juzgador para imponer la pena correspondiente a la del delito mayor, es incuestionable que la Sala responsable quedará en aptitud para, con plenitud de jurisdicción, sancionar al inculpado por los restantes ilícitos, pero sin que la pena pueda ser mayor a la inicialmente impuesta".

8. *Otros elementos subjetivos del tipo de injusto*

Tras vencer algunas resistencias, se ha impuesto en la doctrina mayoritaria[222] y en la jurisprudencia, la existencia de requisitos anímicos que son auténticos elementos subjetivos del tipo o del injusto en algunos delitos. Así, por ejemplo, en el tipo de privación ilegal de la libertad y de otras garantías, el artículo 366 del Código Penal Federal exige que el autor haya privado de la libertad a la víctima con el "propósito".

En estos casos, para que haya tipicidad subjetiva, es necesario que el autor, además de haber obrado con dolo, haya dirigido su voluntad hacia la concreción de esa específica finalidad. De no ser así, al no coincidir la conducta, nunca puede ser subsumida en ese tipo, lo que sucede comúnmente en los delitos contra la salud, ejemplo de esto, es el artículo 194 del Código Penal Federal en su hipótesis de transportación, para lo cual, el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Circuito se ha manifestado en lo conducente en los términos siguientes:

> **"DELITO CONTRA LA SALUD. EFECTOS DE LA CONCESIÓN DEL AMPARO CUANDO LA CONDUCTA DEL QUEJOSO ENCUADRA EN EL ARTÍCULO 195 BIS DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL Y NO EN EL DIVERSO 194, FRACCIÓN I, DEL MISMO ORDENAMIENTO.** Cuando por no haberse probado que el acusado transportaba marihuana con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal, el tribunal revisor ubique su conducta en la señalada por el diverso numeral 195 bis de la citada ley, lo procedente es conceder el amparo para el efecto de que la responsable deje insubsistente

[222] *Cfr.* por todos en la doctrina mexicana a Daza Gómez Carlos, Teoría general del delito..., pp. 5 y ss.; Figueroa Velásquez, Rogelio M., El delito de lavado de dinero en el Derecho penal mexicano..., pp. 310 y ss.; Franco Guzmán, Ricardo, Delito e injusto, México, Escuela Nacional de Jurisprudencia, Seminario de Derecho penal, 1950; Luna Castro, José Nieves, El concepto de tipo penal en México..., pp. 27 y ss.; Malo Camacho, Gustavo, Derecho Penal mexicano...p. 368; Pavón Vasconcelos, Francisco, Derecho Penal mexicano, Parte General..., p. 303; Plascencia Villanueva, Raúl, Teoría del delito..., p. 105; Sosa Ortiz, Alejandro. Los elementos del tipo penal... pp. 233-243.

> la sentencia reclamada y en su lugar dicte otra en la que declare penalmente responsable al quejoso, a la luz de la hipótesis típica prevista en el invocado artículo 195 bis y con plenitud de jurisdicción, reindividualice la pena; en virtud de que el tipo contemplado en dicho numeral no es un delito diverso del contenido en el 194 del mencionado Código, sino sólo difiere en grado, pues, determinado el transporte de un narcótico, debe subsistir la unidad del delito contra la salud, ya en la modalidad de transportación agravada (artículo 194, fracción I), o bien atenuada (artículo 195 bis)".

En todos los casos, el elemento subjetivo radica en el conocimiento que tiene el autor de la realidad de un determinado estado de cosas. Otras veces, el elemento subjetivo radica en un determinado deseo, ánimo o intención que el agente conecta a su conducta. La importancia de los elementos típicos subjetivos, es extraordinaria pues aparte de condicionar la posible aplicación de la figura típica, sirven para excluir apriorísticamente la consumación culposa. En efecto, sólo los tipos delictivos que no contienen, expresa o implícitamente, referencias a elementos subjetivos, son susceptibles de cometerse culposamente, esto es, "...incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen", a que hace mención el párrafo segundo del artículo 9º del Código Punitivo.[223]

También pueden sumarse al catálogo de elementos subjetivos ciertos contenidos interiores que deben mostrarse con una naturaleza intelectual o cognoscitiva, como el hecho de saber que se mata al ascendiente, descendiente o cónyuge; de naturaleza afectiva, como el estado de emoción violenta, o de naturaleza volitiva, cuando se refiere a una dirección intencional, como las miras deshonestas en el rapto.[224]

Los tipos con elementos subjetivos pueden clasificarse en tres grupos:

a) En primer lugar los llamados **mutilados en dos actos** o **delitos de dos resultados incompletos**,[225] en los que el primer acto sirve para realizar un segundo por el mismo sujeto o autor, cuya realización no exige el tipo, al cual le basta el primero cuando ha sido llevado a cabo con la intención de efectuar el segundo, por ejemplo el delito de falsedad en

[223] Jiménez Huerta, Mariano, ***Derecho Penal mexicano***, Tomo, I, Porrúa México, 2000, pp. 86-89.

[224] En tal sentido se manifiesta Plascencia Villanueva, Raúl, Teoría del delito..., p. 105.

[225] Este último es llamado así por Malo Camacho, Gustavo, Derecho Penal mexicano..., p. 369.

documentos privados para perjudicar luego a otro, previsto en el artículo 244 del Código Penal Federal.

b) En segundo lugar se encuentran los **delitos de resultado cortado**, o **delitos de dos actos reducidos a uno**,[226] que son aquellos en los que se tipifica una acción con la que el sujeto pretende alcanzar un resultado ulterior, que el tipo no requiere que se llegue a realizar, como es el caso de los delitos de rebelión y sedición de los artículos 130 y 132 del Código Penal Federal.

c) En tercer lugar, los **delitos de tenencia** interna trascendente, en los cuales hay una finalidad o motivo que va más allá de la mera realización dolosa de la acción, como es el ánimo de lucro con el que ha de apoderarse de la cosa para que se realice el robo (artículo 386), o el *animus iniuriandi* en las injurias, o el ánimo lúbrico en los delitos sexuales.

d) Por último, el **elemento subjetivo de expresión**, en donde la subjetividad exigida por el tipo, supone una cierta inconformidad o disconformidad entre la realidad y lo actuado, ejemplo, el falso testimonio.

9. *El injusto en los delitos culposos*

Conforme al texto legal, obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.[227]

Mientras que las conductas delictivas dolosas consisten en que la acción es emprendida con la finalidad de realizar la lesión del bien jurídico, la conducta culposa[228] es la acción peligrosa emprendida sin

[226] *Idem*. Por ejemplo, el delito de difundir noticias falsas (sin que sea requerida para la integración del tipo, la alteración de los precios). En el ejemplo expuesto, en la medida en que el resultado material no es exigido, la referencia subjetiva a la alteración de los precios queda conformada como un elemento subjetivo específico de tipo.

[227] Artículo 9, párrafo segundo, del Código Penal Federal.

[228] Los causalistas ubican a la culpa en la culpabilidad, en la "teoría psicológica", fue uno de los puntos más débiles (especialmente la culpa inconsciente), porque en ella no se encuentra la relación psicológica entre la conducta y el resultado. El causalismo conceptualiza la culpa de manera siguiente: Liszt considera "La culpa es, formalmente, la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de la voluntad. El acto culposo es, por consiguiente, la causación voluntaria o el no impedimento de un resultado no previsto pero sí previsible. Bettiol

ánimo de lesionar el bien jurídico, pero que por falta de aplicación del cuidado o diligencia debida, causa su efectiva lesión, ejemplo más visible son los delitos con motivo del tránsito de vehículos de motor, entre otros.

Por esta razón, los delitos culposos se convirtieron en numéricamente más relevantes que los dolosos, sólo con el impulso de la industrialización y, en los últimos años, sobre todo, con el fenómeno del tránsito automovilístico y con el empleo de nuevas sustancias y productos derivados de los modernos procesos técnicos biológico-químicos.

La razón y fundamento de la incriminación de los delitos culposos se encuentra en un doble aspecto. En primer lugar, en el desvalor de la conducta que comporta la infracción de la norma de cuidado, por crear o incrementar el peligro de la vida social. En segundo lugar, el desvalor del resultado típico, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.[229]

define la culpa como "la violación de un deber de atención que determina un error vencible acerca de la ilicitud del hecho perpetrado, de los límites dentro de los cuales estamos autorizados a actuar, del nexo causal que vincula a la conducta ilícita un evento lesivo previsto o no, aunque previsible y que debió evitarse de cualquier manera. Cuello Calón anota: "existe culpa cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley". El finalismo ubica a la culpa en la acción y en el tipo subjetivo. Welzel considera que "el desvalor de la acción de los tipos culposos consiste en la omisión de una dirección finalista mejor impuesta por el Derecho con miras a evitar las lesiones de bienes jurídicos; la lesión del deber objetivo de diligencia es un problema de tipo y pertenece al tipo de injusto, pero no a la culpabilidad". Wessels entiende que para el hecho culposo es esencial la realización no querida del tipo legal, al desatender contrariamente al deber el cuidado necesario al tráfico. El contenido del injusto del hecho culposo está determinado por su disvalor de resultado y conducta. Jeschek señala: "Con imprudencia actúa quien realiza el tipo de una ley penal a consecuencia de la vulneración no querida de una norma de cuidado, sin advertirlo pese a que debía, o considerándolo posible pero confiando contra su deber en que el resultado no se produciría". *Cfr.* J. M. Martínez Pereda Rodríguez y Antonio Roma Valdés..., pp. 56-58.

[229] Se ha tratado, pues, de averiguar si en la culpa cabe aislar un hecho desvalorado que permita predicar de la acción final el desvalor de intención, y por tanto comprobar si el finalismo puede responder a la principal objeción esgrimida por sus contradictores, y fundamentar adecuadamente el injusto culposo; para después dilucidar la posibilidad de concebir un tipo subjetivo también en el delito culposo, entendido como conocimiento de determinados factores de riesgo, que convierte la realización de la acción prohibida, en tanto que contraria a cuidado. No obstante, con anterioridad se habrá de examinar el papel que puede restarle a la doctrina de la atribución objetiva en una concepción finalista depurada, y particularmente si a dos de sus criterios, la adecuación social y el riesgo permitido, compete alguna función razonable en la delimitación del tipo objetivo, así como qué alcance ha de otorgársele al carácter abierto de éste.

resultado. La acción es voluntaria; esto es, que el sujeto es consciente de la acción y desea su realización. Se trata aquí de casos reveladores de discordancia entre tipo objetivo y el tipo subjetivo en el delito culposo. Indudablemente, el tipo objetivo se cumple ya si la acción constituye condición, conforme a una ley natural, del resultado típico (es decir, a la producción de éste ha precedido un síndrome de riesgo). Pero como quiera que sea reducir el tipo culposo a su aspecto objetivo conduciría a consecuencias inaceptables, por la desmesurada dimensión de lo típico, se revela imprescindible construir un tipo subjetivo de culpa. La teoría de la atribución objetiva o imputación objetiva se ocupan inconscientemente de éste, al exigir un contenido mínimo de conocimiento, por parte del autor, de factores causales, dirigidos al resultado, que posibiliten la atribución, como sucede en los casos de concurso en los delitos culposos.

Dicho contenido mínimo no lo determina la ley, sino que ha de elegirse normativamente, y en este aspecto la doctrina de la imputación objetiva ha elaborado criterios rectores de esta selección (adecuación social, riesgo permitido, relación de antijuridicidad, etc.) que resultan especialmente valiosos, incluso para otras concepciones de la acción y del delito.

Sin embargo, en esta clase de delitos resulta fundamental la realización del resultado típico. En consecuencia, así, como son posibles los delitos dolosos incompletos o imperfectos, manifestados a través de infracciones frustradas o intentadas, el delito culposo exige inexorablemente la realización del resultado típico.

De esta manera, la necesidad de la relación de congruencia entre el tipo subjetivo del delito culposo y el tipo objetivo, para poder afirmar la tipicidad, tendría por finalidad evitar la responsabilidad objetiva, es decir, que el autor responda por lesiones de bienes jurídicamente producidos fortuitamente, precisamente por lo limitado de su capacidad de conocer la situación típica y consecuentemente de prever de modo adecuado el curso de los acontecimientos. Una vez movidos los criterios político criminales, el legislador ha decidido otorgar algún papel al resultado lesivo, el cual no puede conformarse con una actuación descuidada y una producción de resultado lesivo, conectadas causalmente, sino que sólo puede castigar allí donde ésta constituye la realización de los factores de riesgo conocidos en grado suficiente por el sujeto, y no sólo donde se realizaron factores de otra ley causal no conocida suficientemente. La opción de carácter político-criminal conlleva ciertas consecuencias dogmáticas ineludibles.

Evidentemente, la comprensión de la estructura lógica de la causalidad alternativa de infracciones del deber de cuidado tiene gran valor en la práctica judicial, puesto que la mayoría de los accidentes de tránsito, y también otros accidentes, se producen por infracciones del deber de cuidado de varios intervinientes. Sería, pues, injusto si ambos intervinientes respondieran en el caso de que ambos se han comportado tan defectuosamente que la infracción de uno de ellos por sí misma fue suficiente para el resultado, y ninguno de los dos si sólo la infracción de ambos juntos fuese la causa suficiente del resultado.

4. Diferencia entre dolo eventual y culpa con representación. Desde la aparición del libro de FRISCH "dolo y riesgo" en 1983, la dogmática contemporánea ha dedicado importantes esfuerzos para desarrollar criterios que permitan determinar si un supuesto es de dolo eventual o de culpa consciente. La trascendencia práctica de establecer nítidamente dicha frontera radica fundamentalmente en la pena que se impondrá al sujeto activo del delito.

Por cuanto hace a las cuestiones dogmáticas; la problemática de los supuestos de dolo eventual inicia desde el mismo concepto general del dolo, pues si éste abarca tanto el conocimiento como la voluntad de realizar una conducta de riesgo para el bien jurídico tutelado ¿acaso no será eso mismo lo que identifica a la culpa consciente?

En lo relativo a los problemas prácticos, éstos no sólo se refieren a la importante reducción de pena cuando se imputa un resultado a título de culpa consciente y no de dolo eventual, sino que además en legislaciones penales en las cuales se adopta el sistema de *numerus clausus*, como se dispone en el párrafo segundo del artículo 60 del Código Penal Federal, la imputación de una conducta a título de culpa consciente puede derivar en su impunidad si dicho supuesto no está dentro del listado de delitos culposos.

Así, una misma conducta, dependiente de los criterios aplicados, se puede llegar a sancionar con la pena prevista para el delito doloso de que se trate, o sólo con la pena atenuada prevista para su comisión culposa o ¡incluso quedar impune! Para distinguir entre el dolo eventual y la culpa con representación, se han formulado diversas teorías:

La teoría de la probabilidad estima que existe dolo si el autor se representa el resultado como probable y niega sus existencia, si sólo lo ha sido como posible.

La denominada teoría del consentimiento exige que el autor haya asumido el resultado al menos como probable. Entiende un sector doctrinal que debe realizarse un juicio hipotético para determinar cómo hubiese actuado el autor si se representase el resultado como seguro, que si a pesar de ello actúa, habrá dolo y en otro caso, culpa.

Aunque todos están de acuerdo en que el dolo eventual sólo se puede considerar a partir de la posibilidad de la realización de la acción como típica, prevista por el autor, ya que dicho elemento es común a la culpa con representación, se trata de determinar qué otro requisito se necesita para alcanzar el dolo eventual; para unos bastaría que la posibilidad se representase en el autor como probable, es decir, como posibilidad normal ocurrencia; para otros se requerirá que el autor haya actuado con indiferencia ante la posibilidad de lesionar el bien jurídico; la tesis que ha terminado por imponerse es la de aceptación o conformidad con la realización del tipo (producción del resultado), que distingue mejor que la primera los casos de dolo eventual de los de culpa consciente y obvia los difíciles problemas de pruebas de la segunda.

En esa tesitura, la jurisprudencia nacional ha establecido: Sexta Época Instancia: Primera Sala Fuente: Apéndice de 1995, Tomo II, Parte SCJN Tesis: 177 Página: 101.

> **"IMPRUDENCIA, DELITOS POR. CULPA CONSCIENTE.** Si el inculpado previó el resultado dañoso, pero abrigó la esperanza de que no se produjese, su comportamiento establece la causa decisiva del daño habido y éste le es imputable a título de culpa consciente."
>
> Sexta Época Instancia: Primera Sala Fuente: Apéndice de 1995 Tomo: Tomo II, Parte SCJN Tesis: 181 Página: 103
>
> **"IMPRUDENCIA, DELITOS POR, Y CULPA AJENA.** En los delitos imprudenciales, la culpa ajena que concurre a la producción del daño causado juntamente con la del inculpado, no exonera a éste de responsabilidad penal."

En el Código Penal Federal vigente no se encuentra una definición positiva de qué es la culpa. De todos modos, al menos cabe obtener algunos puntos de partida para desentrañar qué es lo que se quiere decir, con base al contexto del uso de la palabra "culposamente" en el artículo 8º:[232]

[232] En su momento, PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Derecho Penal mexicano..., p. 449, expresó que lo primero que salta a la vista es que el texto actual eludió al inadecuado sistema adoptado en la formula inicial del artículo 8º de referirse a las especies de culpa, pues dicho dispositivo señaló: "Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que causa igual daño que un delito intencional", mérito igualmente correspondió al legislador de 1983, quien al reformar esa arcaica y "supuesta" definición que consistía en otorgar carácter de género a una de las especies de la culpa, como lo es la imprudencia, para descubrir otras de la misma índole, logró dar fisonomía a dicha forma de culpabilidad, al establecer que "Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen".

> *"Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente."*

El artículo 9º, expresa:

> *"Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."*[233]

Dependiendo de qué concepción de culpabilidad y de imputación se sostenga, y de qué uso se haga de las subdivisiones dogmáticas establecidas rígidamente dentro de aquella concepción, este marco, que a causa de la determinación legal extremadamente fragmentaria del dolo sólo proporciona una silueta muy indeterminada, puede llenarse de distintas maneras, e incluso puede romperse: la ley solamente resuelve de modo terminológico la cuestión acerca de si el comportamiento culposo siquiera puede ser comportamiento culpable. La doctrina hace abundante uso de la libertad que esto supone, aunque exista gran convergencia en lo que se refiere a los resultados relevantes en la práctica. Solamente respecto de la cuestión del tratamiento del objeto (de la prohibición), los resultados que se obtienen siguen siendo inconciliablemente controvertidos: la valoración del comportamiento descrito como culposo en todo caso (jurídicamente culposo en el sentido de la teoría del dolo) se opone bruscamente a la valoración del comportamiento como doloso y culpable conforme a la medida de la evitabilidad (teoría de la culpabilidad).

Sin embargo, el Código Penal Federal en su artículo 9º, en concordancia con otras legislaciones de nuestro entorno,[234] ha segui-

[233] Esto significa que la ley mexicana sigue, sobre el particular, el sistema punitivo del *numerus clausus* o sistema cerrado, es decir, que sólo puede haber culpa en los casos expresamente determinados en la ley, que se distingue del sistema denominado del *numerus apertus* de la culpa, o sistema abierto, en donde, en general todas las conductas previstas en la ley como dolosas pueden ser cometidas en forma culposa, siempre que la naturaleza de la propia figura lo permita, el cual era el sistema previsto en la ley penal mexicana con anterioridad a la reforma del 21 de diciembre de 1993, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el día 10 de enero de 1994. MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal mexicano..., pp. 430 y 431.

[234] Tal y como ha sucedido con la tesis aislada VI.1o.PP.176 P, en Materia Penal, Novena Época, Tomo: XV, Marzo de 2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, p. 1362:

"INDIVIDUALIZACIÓN DE LA SANCIÓN. DEBE TOMARSE EN CONSIDERACIÓN LA GRAVEDAD DE LA «IMPRUDENCIA» EN TRATÁNDOSE DE DELITOS DE NATURALEZA CULPOSA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Cuando el delito por el que se le hubiera encontrado responsable al sentenciado sea

do el sistema del *numerus clausus*. En consecuencia, se ha pasado de esta manera del *crimen culpae* a los *crimina culposa*, de modo que se castigarán aquellas acciones culposas que estén expresamente tipificadas en el artículo 60, párrafo segundo, del Código Penal Federal, de cuya interpretación teleológica de los delitos culposos causados mediante un solo acto o una omisión, establece la facultad el citado artículo de la aplicación de la suma de las penas de los ilícitos causados por culpa, al tomar en cuenta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas al tipo penal del delito doloso y conforme al dispositivo 64, párrafo primero, de la ley sustantiva de la materia, exceptuando el uso de ese parámetro a aquellos casos para los que la ley señale una sanción específica, sin que sea atendible el criterio sustentado en la tesis jurisprudencial 945, publicada en la página 1547, del Apéndice al Seminario Judicial de la Federación, correspondiente a 1917-1988, bajo el rubro: "IMPRUDENCIA, DELITOS POR ACUMULACIÓN IMPROCEDENTE", porque en el caso, dicho criterio jurisprudencial es anterior a la reforma de 10 de enero de 1994, que sufrió el numeral 60 del Código Penal Federal, por lo que es aplicable el criterio sostenido por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito, en la tesis XVII. 2º.2 P, de la Novena Época, Tomo II, julio de 1995, visible en la página 257, del Semanario Judicial de la Federación, que establece un criterio por demás acorde sobre la individualización de la pena en los delitos culposos que a la letra se cita:

> **"PENA, HOMICIDIO IMPRUDENCIAL Y NO INTENCIONAL, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA. EN SEGUNDA INSTANCIA.** Es cierto que la apelación en materia penal, no somete a la consideración del superior más que los hechos apreciados en la primera instancia y dentro de los límites marcados por los agravios hechos valer; que en segunda instancia no se puede agravar la situación del reo, si solamente éste o su defensor recurren el fallo de primera instancia; si el Magistrado responsable al determinar la sanción a imponer la adecuó al grado de imprudencia, superior a la media, que estimó revelada en la conducta del quejoso; ello no implica una violación al principio procesal que rige la apelación, pues el hecho de que haya considerado que se reveló en la conducta del sujeto activo un grado de imprudencia superior a la media en contraste con la estimación del juez natural de considerarlo de una peligrosidad mínima, no constituye sino una aparente agravación de su situación legal, habida cuenta, que la determinación del alcance del juicio de reproche que se hace es distinto tratándose de un delito doloso o culposo, ya que los factores intelectual y volitivo no operan con la misma intensidad en su comisión y por ello, al adecuar la responsable el grado de imprudencia en que incurrió el quejoso con su conducta desplegada en la comisión del antijurídico a título de culpa que se le atribuyó por la autoridad responsable, modificando la sentencia de primera instancia que condenó al acusado por el delito de homicidio cometido intencionalmente, en forma alguna agravó su situación, ya que la mayor o menor gravedad de la imprudencia, es un factor básico que debe tomarse en consideración para individualizar la pena que se aplique a las responsables de los delitos culposos, diferente al juicio de peligrosidad que se emite en los delitos de dolo, estando sujetos los delitos culposos e intencionales a diferentes reglas para la calificación de la sanción; artículos 61 y 64 del Código Penal del Estado de Chihuahua, para los delitos culposos y artículos 58, 59 y 60 del mismo orden legal para los delitos dolosos o intencionales".

de naturaleza culposa, el juzgador está obligado a tomar en consideración, además de los artículos 72 al 75 del Código de Defensa Social para el Estado, que contienen las reglas de aplicación de las sanciones, el diverso artículo 88 del mismo ordenamiento legal, que dispone analizar si el responsable del delito tuvo una mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que provocó con su conducta culposa; si para eludir el mismo, bastaba o no una reflexión o atención ordinaria y conocimientos comunes en algún arte, ciencia, profesión u oficio; si el acusado delinquió anteriormente en circunstancias semejantes; si contó con el tiempo suficiente para reflexionar y prodigar los cuidados necesarios; en suma, la gravedad de la imprudencia."

Además, existirá un delito por cada uno de los resultados ocasionados. Así, si un conductor produce la muerte de dos peatones, será castigado como autor de dos delitos culposos. Por el contrario, en el sistema precedente, el delito era único, con independencia del número de resultados ocasionados.

Consiguientemente, la comisión culposa está "*cerrada*" a los casos expresamente previstos en la parte especial del Código Penal Federal, y en la medida en que ello no suceda, su realización resulta atípica.

Debe estimarse como más adecuado y útil este nuevo sistema, que obliga a valorar si cada conducta culposa se encuentra tipificada o no y supone más estricta tipicidad, que otorga mayores garantías para el justiciable.[255]

[255] La pregunta central es cómo acreditar el elemento subjetivo. El modelo teórico de aplicación de la ley, estructurado por Wróblewski, comprende los siguientes momentos:

1) la determinación de una norma jurídica con un significado suficientemente preciso para decidir el caso;
2) el reconocimiento de un hecho como existente, de acuerdo con determinados medios de prueba y los criterios de la teoría de las pruebas admitidos, así como la descripción de este hecho con el lenguaje de la norma aplicada;

10. *Estudios dogmáticos ejemplificativos*

Conforme al principio de legalidad, el legislador ordinario, en enero de mil novecientos noventa y cuatro, reformó el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales[236] y precisó que los elementos del tipo penal son: I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido; II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y, III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión. En el caso particular si el tipo lo requiere se debe acreditar también: a).- Las calidades del sujeto activo y del pasivo; b).- El resultado y su atribuibilidad de la acción u omisión; c).- El objeto material; d).- Los medios utilizados; e).- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f).- Los elementos normativos; g).- Los elementos subjetivos específicos; y, h).- Las demás circunstancias que la ley prevea.

La relación de los elementos que integran las descripciones típicas, tuvo por efecto que en la práctica, las autoridades ministeriales y judiciales se vieran obligadas a analizar su acreditamiento, lo que, indudablemente, se tradujo en mayor seguridad jurídica para los gobernados, quienes, invariablemente, desde el inicio de un procedimiento penal, contaban a su favor con el derecho de que se les iniciara un proceso de naturaleza criminal, siempre que se encontraran satisfechos los elementos de la descripción típica.

Es evidente que el legislador, en un esfuerzo por amalgamar y concatenar las doctrinas modernas con el derecho positivo vigente, a fin de dar mayor seguridad jurídica, estableció esos requisitos para que todo indiciado, inculpado o procesado estuviera en posibilidad de conocer la descripción del delito que se le imputara y, de esta forma, entiendo, como obligación del juzgador, precisar en su mandamiento de captura, de formal enjuiciamiento y su sentencia, si en la especie se realizó alguna actividad o se omitió alguna otra cuando la ley exigía se efectuara, si hay un resultado tangible o una puesta en peligro de alguno de los bienes jurídicos tutelados en la ley; si tiene el carácter de autor intelectual, material, mediato o instigador; en su caso de cómplice, encubridor o responsable correspectivamente; además, si lo que hizo o dejó de hacer, lo realizó en forma dolosa o culposa. Sin dejar de advertir que algunos delitos exigen como elementos integradores ciertas características que los diferencian de otros, por tanto, de acuerdo a su descripción, se deben acreditar elementos subjetivos y normativos, así como circunstancias agravantes o atenuantes.

3) la subsunción del hecho bajo la norma aplicada; y,
4) la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho, según la norma aplicada.

Conforme a la legislación federal, el acreditamiento del elemento subjetivo se realiza conforme a la prueba circunstancial, conforme a la cual, se parte de un hecho conocido, con el carácter de premisa mayor, el cual, razonado silogísticamente con el resto del caudal probatorio, permita arribar a la verdad por conocer. Sirve de apoyo en este sentido la Jurisprudencia sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible a página doscientos veintitrés, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, correspondiente al mes de mayo de mil novecientos noventa y siete, publicada bajo el rubro: "PRUEBA INDICIARIA, COMO DEBE OPERAR LA, EN MATERIA PENAL".

[236] Entre otros, el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Tamaulipas, también sufrió la reforma correspondiente en junio de mil novecientos noventa y cuatro, y a partir de esa fecha, el artículo 158 de ese ordenamiento legal establece esos mismos elementos para acreditar el tipo penal del delito de que se trata.

En el mismo contexto garantista, el artículo 19 Constitucional, también fue reformado para precisar que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso y si en la secuela de éste apareciera que se cometió un delito distinto del que se persigue, debe ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere procedente.

No obstante, la posterior reforma de marzo de 1999, modificó el contenido del artículo 168 en comento, para establecer ya no el acreditamiento de los elementos del tipo, sino del cuerpo del delito y la responsabilidad penal. A pesar de ello, los juzgadores continúan analizando en las resoluciones de orden de aprehensión, auto de plazo constitucional, sentencia de primera y segunda instancia, así como en las ejecutorias de amparo indirecto y directo, cada uno de los elementos que se contienen en la descripción típica, lo que, en la práctica, evidencia la función garantista del poder judicial.

Para poder arribar a dar contenido a los elementos del delito, es necesario amalgamar la doctrina jurídica penal mexicana y la norma positiva vigente, por ello debemos partir del concepto del delito que la propia ley punitiva nos señala como "...el acto u omisión que sancionan las leyes penales" (artículo 7º del Código Penal Federal), definición que los doctrinarios estiman es limitada pues el delito no se construye únicamente de la conducta y la punibilidad, sino se estructura de más elementos como son la conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, en algunos casos con condiciones objetivas y finalmente punibilidad. Luego, para afirmar los elementos positivos del delito es necesario se acrediten los elementos antes indicados y cuando aparece el aspecto negativo de cualquiera de ellos, entonces podríamos precisar que surge una causa

que excluye al delito, conforme al artículo 15 del Código Penal Federal y que puede ser una ausencia de conducta, una ausencia de tipo o atipicidad, causas de justificación, inimputabiliad, inculpabilidad, falta de condiciones objetivas y excusas absolutorias.

Lo anterior, constituye la teoría heptatómica en que la doctrina mexicana edificó la teoría del delito y actualmente por disposición de la propia ley sustantiva, en sus artículos 7º, 8º, 9º, 12, 13 y 15 del Código Penal Federal, en relación con el 168 del Código Adjetivo, se precisa que el análisis del delito únicamente debe sustentarse en el estudio de tres elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En la tipicidad se analiza la acción o la omisión, el dolo y la culpa. Por ello, se define actualmente de manera doctrinaria el delito como la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible.

Se sustenta que el comportamiento humano es la base de la teoría del delito y sus formas son la acción y la omisión; la acción entendida por los finalistas como ejercicio de la actividad final, para los causalistas es el movimiento corporal voluntario que produce la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que tutela la ley. La ausencia de acción es evidente cuando ésta carezca del carácter de voluntariedad y se presente como una fuerza irresistible que proviene de la naturaleza o del movimiento humano, los movimientos reflejos y los estados de inconsciencia; se sostiene que esa acción debe mantener una relación de causalidad con el resultado, pues esto último ya no es parte integrante de la acción, al no ser lo mismo "*el producir*" que "*lo producido*". Debe existir una relación de causalidad del resultado producido de la conducta que lo ha causado.

Respecto a la omisión, consiste en no hacer una acción que el sujeto está en situación de poder hacer; la omisión penalmente relevante es la omisión de la acción esperada, por ello, el delito de omisión se estructura en la infracción de un deber impuesto por la ley. La omisión se divide en omisión simple y comisión por omisión. En la primera, se viola una norma preceptiva que obliga a conducirse de determinada forma, en la segunda, se violan dos normas, una preceptiva y una prohibitiva, aquí el sujeto tiene la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido (ley, contrato, actuar procedente); o le incumben en razón de su cargo o profesión. De ahí surge la situación de garante respecto al activo del ilícito.

La tipicidad se entiende como la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley; por su parte, el tipo es la descripción que hace el legislador de una conducta que se entiende con el carácter de delito. El tipo puede componerse de

elementos objetivos, subjetivos y normativos. Los primeros corresponden a la descripción de la propia conducta, los subjetivos corresponden a la psique del autor y los normativos son la valoración que tiene que realizar el juzgador de expresiones semánticas que se contienen en los tipos, verbigracia, la cópula en el delito de violación y la mala fama en el aborto cometido por cuestiones de honor.

Expuesto lo anterior, podemos analizar el artículo 168 y así poder determinar la existencia de la correspondiente acción, que consiste en una actividad corporal voluntaria final, en términos de la teoría finalista, que produce un resultado material o formal; la omisión es el dejar de realizar la acción incumpliendo un deber que la ley impone (deber jurídico de mandato). La lesión, es el resultado material producido por la acción, lo que existía ya no existe, como en el caso del homicidio, en que la muerte sustituye a la vida; en cuanto a los otros delitos de resultado formal, el ejemplo es el grado tentado de los ilícitos, pero también se constata con el peligro expuesto del bien jurídico (en tratándose de armas de fuego, su portación produce inseguridad e intranquilidad en los habitantes de un lugar determinado).

Todos los tipos penales tutelan un bien jurídico protegido, normalmente son aquellos de carácter valorativo y necesarios para la convivencia social: en el homicidio, es la vida; en el robo, el patrimonio; en la portación de armas de fuego, la paz, tranquilidad y seguridad de los integrantes de una sociedad; en la violación, el sano desarrollo psico-sexual de las personas; en los delitos contra la salud, la salud pública y la no degeneración de la especie humana.

En cuanto a la forma de intervención de los sujetos activos, esto es, aquellos que realizan la conducta descrita en el tipo penal, el artículo 13 de nuestro Código Penal Federal nos precisa a los autores y partícipes en el delito, para ello es necesario acudir a la doctrina para bifurcar a los autores y partícipes; al respecto hay tres teorías: la objetiva, la subjetiva, y la del dominio del hecho. Respecto a esta última es autor quien domina finalmente la realización del mismo, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización, para entenderse, es quien tiene la última palabra y decide si el delito se comete o no. Los autores materiales, realizan por sí la conducta; los autores mediatos son quienes se sirven de otros como instrumentos en la realización del delito; los coautores, son aquellos que realizan conjuntamente el delito. La participación constituye una cooperación dolosa en un delito ajeno, como en la complicidad y el encubrimiento.

La realización dolosa o culposa de la acción u omisión, se recoge en la propia reforma sustantiva al Código Penal Federal y en su ar-

tículo 9º, nos precisa el dolo directo y el eventual así como la culpa consciente o con representación e inconsciente o sin representación, al establecer como dolo directo el obrar de aquel que conoce los elementos del delito penal y quiere la realización del hecho descrito por la ley; respecto al dolo eventual, se define como el obrar del activo que previendo como posible un resultado típico, acepta la realización del hecho descrito por la ley. En cuanto a la culpa consciente o con representación, se produce respecto del obrar, produciendo el resultado típico que se previó confiando en que no se produciría, en virtud de una violación a un deber del cuidado, que el activo debió y podía observar según las circunstancias y condiciones personales. La culpa inconsciente o sin representación, acontece cuando el activo obra produciendo el resultado típico que no previó, siendo previsible, en virtud de la violación a un deber de cuidado que debía y podía observar, según las circunstancias y condiciones personales.

Del análisis de los elementos característicos de los delitos en particular que el juzgador está obligado a acreditar, si el tipo los requiere, tenemos: las calidades específicas del sujeto activo y del pasivo, para ello, deben conceptualizarse estas calidades; el primero de los sujetos precisados es el que realiza la conducta descrita en el tipo penal, el segundo, es quien reciente la conducta descrita; vale la pena la separación doctrinal del pasivo de la conducta y del delito, el sujeto pasivo es quien resiente la conducta, como está señalado anteriormente y, el segundo, el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro (como ejemplo del sujeto pasivo se tiene a la cajera de un centro comercial que es desapoderada del numerario de la caja; el segundo es el centro comercial que reciente el detrimento patrimonial). Existen tipos que requieren de una calidad específica del activo, verbigracia: los cometidos por servidores públicos que nuestra legislación penal regula (como el ejercicio indebido de servicio público, abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, uso indebido de atribuciones y facultades, concusión, tráfico de influencias, peculado, cohecho), que requieren que el activo sea un servidor público, cuya definición se contiene en el artículo 212 del mismo ordenamiento. Por lo que hace al sujeto pasivo con calidad específica, se encuentra en el ilícito de corrupción de menores que prevé el artículo 201, al exigir que el ofendido sea un menor de dieciséis años de edad.

El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión, como hemos analizado, es el nexo causal entre la conducta y el resultado material producido (ejemplo: en el delito de fraude que regula el artículo 386 del ordenamiento en comento, se exige que la obtención del lucro indebido por el activo produzca un detrimento patrimonial en el pasivo).

El objeto material es entendido como la persona o cosa sobre la cual recae la conducta ilícita (verbigracia: el delito de robo exige que sea una cosa ajena mueble el motivo del apoderamiento).

Los medios utilizados son aquellos que se requieren por la descripción típica para realización del ilícito (ejemplo: el delito de violación, en su artículo 261, exige que la cópula se realice por medio de la violencia física o moral).

Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, como elementos del delito y no como motivación, son exigencias que el tipo penal requiere se acrediten. En cuanto a la referencia de lugar, el delito de allanamiento de morada previsto en el artículo 285, exige que la introducción del activo, con engaño o violencia, se haga en vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada. En cuanto a la circunstancia de tiempo se puede ejemplificar en el delito de aborto, que exige que la muerte del producto de la concepción se realice en el momento de la preñez. Respecto a la circunstancia de modo, el ilícito de ultrajes a la moral pública, previsto en el artículo 200, fracción III, exige que la invitación al pasivo al comercio carnal sea de modo escandaloso. Finalmente en cuanto a la circunstanciación de ocasión, encontramos un ejemplo en el ilícito de rebelión, previsto en el artículo 136, que exige que la muerte de los prisioneros, se realice después del combate, esto último determina la circunstancia de ocasión.

Los elementos normativos, como lo hemos visto, se construyen de una valoración del juzgador acerca de una expresión semántica de carácter cultural o jurídico en la construcción descriptiva del delito. Es de carácter cultural cuando depende de un tiempo y un lugar determinado para poder ser valorada dicha expresión, como es el caso de la mala fama pública en el delito de aborto por cuestiones de honor, expresión que el juzgador deberá entender conforme a su entorno social para darle contenido. Es de carácter jurídico cuando la propia ley penal o cualquier otra disposición legal, conceptualiza o define dicha expresión semántica (ejemplo: en el delito de violación, se define el verbo núcleo del tipo, que es la cópula, por la propia ley penal, al precisar que es la introducción del pene en la vagina, ano, o boca de la víctima).

Los elementos subjetivos específicos son diversos al dolo y se contienen en diversos tipos como los fines (hostigamiento sexual en el artículo 259 bis), ánimos (encubrimiento, en el precepto 400, fracción I) y propósitos (allanamiento de morada, en el numeral artículo 286).

En cuanto a las demás circunstancias que la ley prevé, es importante destacar la contradicción de tesis 42/96 que sostiene la actual Primera Sala de nuestro Alto Tribunal, cuyo rubro es el siguiente: **"AUTO DE FORMAL PRISIÓN. LA JURISPRUDENCIA CUYO RUBRO ES 'AUTO DE FORMAL PRISIÓN, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL', QUEDÓ SUPERADA POR LA REFORMA DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES."**, tesis que en estricto rigor sostiene que los elementos del tipo penal son de contenido objetivo, subjetivo y normativo, y el concepto de cuerpo del delito únicamente se refería al primero de esos elementos, por ello la reforma produce seguridad jurídica a los gobernados, ya que se obliga en el auto de formal prisión a precisar todos los elementos del delito motivo del análisis. Para arribar a tal conclusión se precisa que conforme a su ordenación metodológica, los tipos se dividen en básicos, especiales y complementados y si el auto de formal prisión preventiva surte el efecto de establecer por qué delito o delitos habrá de seguirse proceso a un inculpado y, por tanto, deben quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, es irrelevante se trate de tipos básicos, especiales, o complementados, estos últimos que pueden ser calificados o atenuados; consecuentemente, dentro del juicio de tipicidad se deben analizar como característica concreta del delito en el rubro correspondiente a las demás circunstancias que la ley prevé, entre otras, precisamente las modificativas atenuantes y agravantes.

En búsqueda de amalgamar la doctrina con el derecho positivo, salvaguardar las garantías individuales de debido proceso, legalidad y seguridad jurídica, que motivaron la reforma, entre otros, de los artículos 16 y 19 constitucionales, en septiembre de mil novecientos noventa y tres y, concomitante a ella, la reforma procesal penal federal, en enero de mil novecientos noventa y cuatro, corresponde a todos aquellos a quienes se les encomienda como quehacer cotidiano, la aplicación del derecho penal, pues es indubitable que la ley no tiene vigencia cuando se promulga sino cuando en el mundo fáctico se aplica y, en México, muchos juzgadores analizan íntegramente el acreditamiento de los elementos del tipo, desde el dictado de la orden de aprehensión, del auto de plazo constitucional, la sentencia de primera y segunda instancia y, en el amparo directo e indirecto.

Sólo a manera de ejemplo, presento a continuación algunos estudios dogmáticos respecto de delitos federales en particular, que

obtuve en el ejercicio judicial diario y que construí a partir del análisis de la ley.

1. *Delito contra la salud en las modalidades de introducción y extracción al país de narcóticos, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito; y, fomento para posibilitar la realización de las modalidades antes mencionadas*

El artículo 193, así como las fracciones II y III, del artículo 194, del Código Penal Federal, dentro de los cuales se contienen las hipótesis normativas que nos ocupan, describen lo siguiente:

> "Artículo 193.- Se consideran narcóticos a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia..."
>
> "ARTICULO 194.- Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que:
>
> I.- ...
>
> II.- <u>Introduzca</u> o <u>extraiga</u> del país alguno de los narcóticos comprendidos en el artículo anterior, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito. Si la introducción o extracción a que se refiere esta fracción no llegare a consumarse, pero de los actos realizados se desprenda claramente que esa era la finalidad del agente, la pena aplicable será de hasta dos terceras partes de la prevista en el presente artículo;
>
> III.- Aporte recursos económicos o de cualquier especie, o colabore de cualquier manera al financiamiento, supervisión o <u>fomento</u> para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere este capítulo."

A). En relación con la modalidad de **Introducción al país de narcóticos, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito**, prevista por la fracción II del artículo 194 del Código Penal Federal; se acredita con los elementos siguientes:

1. La existencia física de sustancias consideradas como estupefacientes por la Ley General de Salud y como narcóticos conforme a los dispuesto en el artículo 193 del Código Penal Federal.

2. El activo introduzca al territorio nacional alguna de dichas sustancias, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito; y,

3. La conducta se realice en contravención a disposiciones de orden público, como lo son el Código Penal Federal y la Ley General de Salud.

Como elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho señalado como delito, se debe acreditar: la acción fáctica de introducir al país algún narcótico, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito; es decir, que el activo realice el acto material de introducir al país algún narcótico, no obstante que esto sea únicamente con la finalidad de cruzar el territorio nacional, o por poco tiempo. Suceso con el cual, se vulnera el bien jurídico tutelado, consistente en la salud pública, ante el peligro latente al que se le expone desde el momento en que el narcótico ingresa al territorio nacional, dado que con ello se determina su potencial uso en perjuicio de su población. No se requiere calidad del sujeto activo ni del pasivo. El resultado es de naturaleza formal, pues la conducta de los activos solamente trae consecuencias jurídicas, sin que trasciendan al mundo material o fáctico. El objeto material se constituye por la persona o cosa sobre la cual recae la conducta ilícita; en la especie, los narcóticos que se introducen al país. El tipo penal no requiere de algún medio específico para la consumación del evento. No se requieren circunstancias de tiempo, modo y ocasión, pero sí de lugar, pues el narcótico debe ingresar al territorio nacional. Como elementos normativos en la norma, se encuentran las expresiones semánticas "narcótico", "introducir" y "país"; en relación al primero, le corresponde una valoración de tipo jurídica, precisamente derivada de una interpretación auténtica de lo que dispone el artículo 193 del Código Penal Federal, en relación al 234 de la Ley General de Salud, los cuales precisan en concreto las sustancias a las que se le confiere ese carácter; el segundo o "introducción", se constituye por el verbo rector del tipo penal y su significado dimana de una interpretación de tipo cultural; es decir, trasponer con el narcótico hacía el interior las líneas fronterizas internacionales de nuestro país; respecto del concepto de "país", se asimila a la locución República, comprendida no sólo como las partes integrantes de la Federación, sino también el territorio insular, el mar territorial, la plataforma continental, los zócalos submarinos, las aguas de los mares territoriales e inclusive el espacio situado sobre el mismo territorio nacional. No se requiere elemento subjetivo específico alguno, o mayores circunstancias, sean éstas agravantes o atenuantes.

B). En lo inherente a la modalidad de **Extracción del país de narcóticos, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito**, prevista por la fracción II del artículo 194 del Código Penal Federal; se acredita con los elementos siguientes:

1. La existencia física de sustancias consideradas como estupefacientes por la Ley General de Salud y como narcóticos conforme a lo dispuesto en el artículo 193 del Código Penal Federal.

2. El activo extraiga del territorio nacional alguna de dichas sustancias.

3. La conducta se realice en contravención a disposiciones de orden público, como lo son el Código Penal Federal y la Ley General de Salud.

Como elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho señalado como delito, se debe acreditar la acción fáctica de extraer del país algún narcótico, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito; es decir, que el activo, realice el acto material de poner fuera del territorio de la República algún narcótico, no obstante que esto sea únicamente con la finalidad de cruzar el territorio nacional o por poco tiempo. Suceso con el cual, se vulnera el bien jurídico tutelado, consistente en la salud pública, pues se le ubica en estado potencial de riesgo, siempre que se manejan narcóticos al margen de la ley, no obstante que sean llevados al extranjero. No se requiere calidad específica para el sujeto activo o pasivo. El resultado es de naturaleza formal, pues la conducta sólo trae consecuencias jurídicas, sin que trasciendan al mundo material o fáctico. El objeto material se constituye por la persona o cosa sobre la cual recae la conducta ilícita; en la especie, los narcóticos que se extraen del país. El tipo penal no requiere de algún medio específico para la consumación del evento. No se requieren circunstancias de tiempo, modo y ocasión, pero sí de lugar, pues el narcótico debe ser extraído del ámbito territorial nacional. Como elementos normativos en la norma, se encuentran las expresiones semánticas "narcótico", "extracción" y "país"; en relación al primero, le corresponde una valoración de tipo jurídica, precisamente derivada de una interpretación auténtica de lo que dispone el artículo 193, del Código Penal Federal, en relación al 234 de la Ley General de Salud, de donde se destaca en concreto, las sustancias a las que se le confiere ese carácter; el segundo, o "extracción", se constituye por el verbo rector del tipo penal y se le conceptualiza como sacar o poner fuera del territorio nacional sustancias consideradas como estupefacientes; respecto del concepto de "país", se asimila a la locución República, comprendida no sólo como las partes integrantes de la Federación, sino también el territorio insular, el mar territorial, la plataforma continental, los zócalos submarinos, las aguas de los mares territoriales e inclusive el espacio situado sobre el mismo territorio nacional. No se requiere elemento subjetivo específico alguno, o mayores circunstancias, sean éstas agravantes o atenuantes.

Al respecto, resulta aplicable la jurisprudencia por contradicción de tesis 140/2002, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo texto y rubro son:

"SALUD, DELITO CONTRA LA. EN SU MODALIDAD DE INTRODUCCIÓN DE NARCÓTICOS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 194, FRACCIÓN II, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, SE CONSUMA DESDE EL MOMENTO EN QUE EL REO ES DETENIDO EN EL RECINTO ADUANAL. El precepto mencionado establece las sanciones aplicables a quien introduzca o extraiga del país cualquiera de los narcóticos comprendidos en el artículo 193 del Código Penal Federal, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito, y que cuando dicha introducción o extracción, no llegara a consumarse, pero de los actos realizados se desprenda claramente que esa era la finalidad del agente, la pena será de hasta las dos terceras partes de la prevista en el propio artículo. De lo anterior se colige que el término país empleado en el artículo 194, fracción II, párrafo segundo, del propio código, se asimila a la locución "República", utilizada en su artículo 1º, por ser aquél, territorialmente, el asiento de esa última; y las diversas expresiones "territorio nacional" o "República Mexicana" comprende no solo las partes integrantes de la Federación, dentro de las que se encuentran los diversos Estados de la Unión, sino también el territorio insular, el mar territorial, la plataforma continental, los zócalos submarinos, las aguas de los mares territoriales e inclusive el espacio situado sobre el mismo territorio nacional; por ello, y dada la amplitud del concepto jurídico-político "territorio nacional", es indudable que la introducción o extracción de éste puede efectuarse en múltiples formas; de ahí que la conducta antijurídica prevista en el referido artículo 194, fracción II, contempla cualquier tipo de introducción o extracción del territorio nacional, por el mero rebasamiento de sus límites territoriales establecidos en la Constitución Política de la Estados Unidos Mexicanos. En consecuencia, si el sujeto pasivo es detenido en una garita aduanal o recinto fiscal ubicado en un Estado de la República, con alguno de los narcóticos previstos en el artículo 193 del código citado, se actualiza el tipo del delito en mención, el cual no se configura en grado de tentativa, toda vez que no se puede considerar que tales recintos, en donde se llevan a cabo las facultades de la autoridad en materia de emigración, inmigración, salubridad general y seguridad nacional, se ubiquen en territorio extranjero."

C). Respecto de la última de las modalidades o **fomento para posibilitar la realización de cualquiera de las modalidades del delito contra la salud**, prevista en la fracción III del citado artículo 194 del Código Penal Federal, cabe denotar que se conforma de los siguientes elementos a saber:

El activo colabore de cualquier manera y realice actos de fomento que posibiliten alguna de las modalidades del delito contra la salud.

Como elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho señalado como delito, se debe acreditar la acción fáctica de colaborar de cualquier manera en el fomento de alguna de las modalidades del delito contra la salud; es decir, que el activo realice actos de cualquier índole, los cuales incidan directamente en el impulso a las actividades contrarias a la salud pública mediante el empleo de narcóticos; suceso con el cual, se vulnera el bien jurídico tutelado, consistente en la salud pública, ante el peligro al que se le expone, pues a ésta se le ubica en riesgo siempre que se manejan narcóticos al margen de la ley. No se requiere calidad específica para el sujeto activo o pasivo. El resultado es de naturaleza formal, pues la conducta sólo trae consecuencias jurídicas, sin que trasciendan al mundo material o fáctico. El objeto material se constituye por la persona o cosa sobre la cual recae la conducta ilícita; en la especie, los narcóticos que son motivo de fomento. El tipo penal no requiere de algún medio específico para la consumación del ilícito. No se requieren circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. Como elementos normativos, se encuentran tanto el concepto de "narcótico", como el propio verbo rector del tipo penal, es decir, "fomento"; en relación al primero, le corresponde una valoración de tipo jurídica, precisamente derivada de una interpretación auténtica de lo que dispone el artículo 193, del Código Penal Federal, en relación al 234 de la Ley General de Salud, de donde se destacan en concreto, las sustancias a las que se le confiere ese carácter; en relación con el segundo, o "fomento", su significado deriva de una interpretación de tipo cultural, y se le conceptualiza como los actos que generan impulso a la actividad de los delitos contra la salud. No se requiere elemento subjetivo específico alguno, o mayores circunstancias, sean éstas agravantes o atenuantes.

Al respecto, resultan aplicables los criterios de jurisprudencia siguientes:

La tesis de jurisprudencia II.2o.P.101 P, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, visible en la página 911, tomo XVIII, octubre de 2003, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

"COLABORACIÓN AL FOMENTO PARA POSIBILITAR LA EJECUCIÓN DE DELITOS CONTRA LA SALUD, NATURALEZA Y REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE (ARTÍCULO 194, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL). El delito de colaboración al fomento para posibilitar la ejecución de algún delito contra la salud, previsto en la fracción III del artículo 194 del Código Penal Federal, también resulta ser de los clasificados doctrinariamente como «de resultado anticipado o cor-

tado», porque para su configuración resulta irrelevante la consumación o no del ilícito o ilícitos favorecidos, pues basta que el sujeto activo despliegue de cualquier manera actos de colaboración tendentes a crear un panorama delictivo propicio para la realización de otros delitos, que aun cuando se prevé que sean contra la salud pueden ser indeterminados en su número, condiciones y circunstancias particulares de ejecución, con independencia además de que puedan llegar o no a consumarse, o quedar en grado de tentativa o incluso sin actos de exteriorización específica; sin embargo, con independencia de que este delito a que se refiere la fracción III del artículo citado sea de «resultado anticipado», según la clasificación doctrinaria, ello no exime de considerar como requisito indispensable para su configuración el acreditamiento del acto, acción, o conducta correcta desplegada por el activo, y sobre la que recae el atributo de ser el núcleo de la descripción típica, o dicho en otras palabras, el comportamiento típico materia de reproche. Es decir, resulta menester comprobar la existencia de una conducta exteriorizada y necesariamente dolosa que represente el acto específico de colaboración por parte del sujeto, para fomentar la ejecución de diversos delitos contra la salud. Luego, por razones obvias, para poder constatar ese acto materialmente exteriorizado de colaboración al fomento de alguno o algunos delitos contra la salud, lógicamente debe atenderse como referencia el contexto en relación al pretendido hecho delictivo favorecido, claro está, con total independencia de que este último se consumara o no, o se exteriorizara siquiera."

La tesis de jurisprudencia II.2o.P.104 P, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, visible en la página 989, tomo XVIII, octubre de 2003, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

> "**DELINCUENCIA ORGANIZADA Y COLABORACIÓN AL FOMENTO PARA POSIBILITAR LA COMISIÓN DE DELITOS CONTRA LA SALUD. DIFERENCIA ENTRE ESTOS DELITOS.** Resulta indiscutible la existencia de una diferencia obvia entre el llamado delito de delincuencia organizada, previsto en términos del artículo 2o. de la ley especial respectiva, y el diverso denominado de colaboración al fomento para la ejecución de delitos contra la salud, a que se refiere la fracción III del artículo 194 del código punitivo federal, pues mientras en el primero la acción nuclear del tipo viene a ser el simple hecho de organizarse o, en su caso, acordar hacerlo, es decir, la conducta consciente y voluntaria (dolosa) de pertenencia al grupo de tres o más personas que participan del fin de cometer determinada clase de delitos (entendidos en abstracto y con independencia de que se llegaren a manifestar o no). En cambio, en el segundo, la conducta punible no es el formar parte de un grupo, sino la realización de una conducta concreta y específica de colaboración, por cualquier forma, al fomentar para posibilitar la ejecución de un diverso o diversos delitos contra la salud, los cuales, si bien tampoco es necesario que se realicen o se consumen deben formar parte de la finalidad específica del colaborador y constituir parte del contexto para el análisis posible y constatación debida del carácter de «colaboración exigido para el acreditamiento del delito». Plasmada tal diferencia, resulta conveniente precisar que el Juez responsable está obligado a distinguir entre ambas figuras delictivas, a fin de cumplir con la garantía constitucional referente a una adecuada motivación en el tema de que se trata, pues la autoridad de instancia se encontraba constreñida a especificar los medios de prueba con los que acreditó de manera probable la conducta de colaboración de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos contra la salud. Así también al atribuir de manera probable al quejoso el diverso ilícito de delincuencia organizada, y con el fin de cumplir con la garantía en comento, el Juez de la causa está obligado también a señalar con toda precisión los hechos diferentes que a su juicio constituyen una y otra variante delictiva, y la forma de intervención específica del quejoso y las pruebas con las que se acreditan tales extremos."

2. *Delito contra la salud, en la modalidad de posesión con fines de comercio*

El artículo 195 en su párrafo primero, en relación con el 194, fracción I, del Código Penal de la Federación, a la letra señalan:

> "Artículo 195.- Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa, al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar algunas de las conductas previstas en el artículo 194."
>
> "Artículo 194.- ...
>
> I.- ... comercie alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud.
>
> Para los efectos de esta fracción... por comerciar se entiende: vender, comprar, adquirir o enajenar algún narcótico."

Consecuentemente, se debe acreditar:

1. La existencia física de alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193 del Código Penal Federal, a guisa de ejemplo: Cannabis Sativa L., mejor conocida como marihuana.

2. El referido narcótico sea objeto de posesión, es decir que el activo la mantenga bajo su radio de acción y disponibilidad inmediata.

3. La posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal; en la especie, comercio.

4. La conducta se realice en contravención a disposiciones de orden público, como lo son el Código Penal Federal y la Ley General de Salud.

Como elementos objetivos o externos constitutivos de la materialidad del hecho reseñado como delito, se deben acreditar: la realización por parte del activo de una conducta en forma de acción, consistente precisamente en poseer una droga con la finalidad específica de su comercio; suceso con el cual, se vulnera el bien jurídico tutelado por la norma, consistente en la salud pública, ante el riesgo potencial de que la misma llegue a los miembros de la sociedad y por su consumo se degenere la especie. El tipo penal en estudio, no requiere de calidad específica para los sujetos. El resultado es de naturaleza formal, pues sus efectos no trascienden del mundo material o fáctico. El objeto material se constituye por la droga que es motivo de la posesión, en la especie Cannabis Sativa L., mejor conocida como marihuana, pues esa sustancia es la que resiente propiamente la acción posesoria del activo. El tipo penal no requiere de algún medio específico para la consumación del evento. No se requieren circunstancias particulares de lugar, tiempo, modo ni de ocasión. Los elementos normativos contenidos en la descripción típica, son "posesión"; "comercio" y "narcóticos"; a los cuales les corresponde una valoración jurídica o cultural; en relación con el primer elemento o "posesión", se trata además de uno de los verbos rectores del tipo penal, el cual, acorde con una interpretación doctrinal mayoritaria, se traduce en "mantener el narcótico dentro del ámbito de acción y disposición"; en relación al segundo de los elementos o "comercio", su contexto resulta de una interpretación auténtica de ley, precisamente del segundo párrafo de la fracción I, del propio artículo 194, del Código Penal Federal; el cual, en lo conducente determina que por comerciar, se entiende vender, comprar, adquirir o enajenar un narcótico; en relación con el tercero de los elementos normativos en cita o "narcótico", dimana igualmente de una interpretación auténtica de lo que dispone el propio párrafo primero del artículo 193, del Código Penal Federal, en relación al 234 de la Ley General de Salud, de donde se destaca que a la Cannabis Sativa L., coloquialmente conocida como marihuana, se le contempla precisamente con tal carácter. La norma penal exige en su conformación típica de un elemento subjetivo específico; caracterizado por el propósito concreto a que se tiene destinada la posesión del narcótico; en la especie, su comercio.

Lo anterior, encuentra apoyo en los siguientes criterios:

La jurisprudencia 324, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 179, Tomo II, Parte SCJN, del Apéndice de 1995, Sexta Época; cuyo texto y rubro son:

> "**SALUD, DELITO CONTRA LA. POSESIÓN.** Para que la posesión de enervantes constituya elemento configurativo del delito contra la salud, no es necesario que el agente lleve la droga precisamente consigo; basta que el estupefaciente se encuentre bajo su control personal y dentro del radio de acción de su disponibilidad."

La jurisprudencia por contradicción de tesis 1a./J. 7/96, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 477, Tomo III, Marzo de 1996, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

> "**POSESIÓN DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICOS EN DELITOS CONTRA LA SALUD. SU NECESARIA VINCULACIÓN CON LA FINALIDAD.** El tipo penal previsto en el artículo 195 del Código Penal Federal establece sanción para el poseedor de alguno de los estupefacientes y psicotrópicos señalados en el normativo 193, pero ello siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194. Para el acreditamiento del elemento subjetivo es sin duda la confesión un medio idóneo aunque por sí sola no es suficiente, pues en la mayoría de los casos en que ella exista habrá que vincularla con otras que estén aparejadas, con la comprobación del resto de los elementos típicos de carácter objetivo. Resulta, por tanto, necesario demostrar primeramente los elementos de carácter objetivo del tipo penal, como son: la existencia de la droga, el tipo y la cantidad de la misma que el sujeto poseía (o transportaba), así como circunstancias de lugar, tiempo, y ocasión; después habrá que analizar la existencia de los elementos subjetivos, como son el dolo y la especial finalidad, para lo cual es idónea la confesión del inculpado de que efectivamente la poseía y que la llevaba consigo para realizar alguna de las acciones a que se refiere el artículo 194, es decir: comerciar, traficar, introducir, etcétera. En tales circunstancias, el juzgador al resolver debe efectuar un enlace concatenado de los elementos objetivos con el aspecto subjetivo, y con todo ello determinar la finalidad del agente respecto del destino del narcótico, no resultan-

do por tanto suficiente la sola afirmación aislada de dicha circunstancia sin la vinculación con otros medios de prueba."

La tesis de jurisprudencia II.1o.P.68 P, sustentada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, visible en la página 853, Tomo X, Julio de 1999, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

"**DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE COMERCIO. INTERPRETACIÓN JUDICIAL.** La interpretación judicial de la expresión «comerciar» según la última parte del párrafo segundo de la fracción I del artículo 194 del Código Penal Federal, no sólo comprende las acciones de vender o comprar estupefacientes, como la connotación que da a esos términos el Código de Comercio y que el quejoso aduce como inconformidad al referir que el comercio de una mercancía, es cuando se ha expuesto públicamente y se vende a toda persona, sino que conforme a la legislación punitiva también se entiende por comerciar, el adquirir o enajenar algún narcótico y si según su interpretación semántica, el vocablo enajenar significa «transmitir o pasar a otro el dominio de una cosa»; es inconcuso que la modalidad de comercio queda configurada desde el momento en que el quejoso transmitió en propiedad la droga afecta a la causa, de manera onerosa, al cambiarla por una computadora; de ahí que para la configuración del delito contra la salud en su modalidad de comercio de psicotrópicos no sea necesario que el activo obtenga dinero a cambio de la marihuana que entregó, ya que sólo es suficiente para acreditar dicha modalidad, que el inculpado y otra persona quedaron de acuerdo, el primero en entregar el enervante y el segundo en dar a cambio una cosa determinada."

La tesis de jurisprudencia III.2o.P.21 P, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, visible en la página 622, Tomo IV, Septiembre de 1996, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

"**CONTRA LA SALUD, CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE, EN SU MODALIDAD DE COMERCIO (VENTA).** Para la configuración del delito contra la salud, en la modalidad de comercio (venta) de algún narcótico, no es requisito indispensable la entrega física del numerario fijado en el momento de la recepción de la droga, si de autos se advierte que la venta respectiva la realizó el activo momentos antes de su arresto, por lo que, válidamente pudo haber guardado el numerario en algún sitio y por ello no lo traía entre sus pertenencias."

La tesis de jurisprudencia VI.2o.120 P, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, visible en la página 516, Tomo IV, Octubre de 1996, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

"**DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE VENTA DE PSICOTRÓPICOS. PARA SU CONFIGURACIÓN NO ES NECESARIO QUE EL ACTIVO OBTENGA LUCRO.** De la interpretación sistemática de los artículos 193 y 194, fracción I, del Código Penal Federal, se deduce que para la configuración del delito contra la salud en su modalidad de venta de psicotrópicos no es necesario que el activo obtenga lucro, siendo suficiente para acreditar el tipo penal comerciar con dicho narcótico; por tanto, si en la causa penal se encuentra acreditado que el indiciado intervino en la comercialización de psicotrópicos, tal circunstancia es suficiente para comprobar su responsabilidad en el ilícito mencionado."

La tesis de jurisprudencia V.1o.30 P, sustentada por el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, visible en la página 619, Tomo X, Agosto de 1992, del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época; cuyo texto y rubro son:

"**SALUD, DELITO CONTRA LA. PARA QUE SE ACTUALICE LA MODALIDAD DE COMPRAVENTA DE ESTUPEFACIENTES, DEBE DEMOSTRARSE EL CONCIERTO DE VOLUNTADES, RESPECTO AL OBJETO Y EL PRECIO CIERTO Y EN DINERO.** Siendo la compraventa, un contrato traslativo de dominio que para que se realice se requiere el concierto de voluntades sobre el objeto materia de la transacción y su precio, el que deberá ser cierto y en dinero, no puede estimarse actualizado el delito contra la salud en la modalidad de compraventa de estupefacientes cuando de las declaraciones de los procesados no se desprende el acuerdo de voluntades sobre el precio que debía pagarse, sino sólo que existió acuerdo en el deseo de adquirir la droga a cambio de un vehículo, lo que sólo evidencia la pretensión de las partes de realizar una permuta."

La tesis de jurisprudencia sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, visible en la página 293, Tomo VII, Mayo de 1991, del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época; cuyo texto y rubro son:

"**SALUD, DELITO CONTRA LA, EN SU MODALIDAD DE VENTA. SE INTEGRA CON EL ACUERDO DE VOLUNTADES SOBRE LA COSA Y EL PRECIO PACTADO.** Cuando de las constancias de la indagatoria se desprende como hecho probado el

consenso de voluntades entre el comprador y vendedor para concretizar la venta del estupefaciente, habida cuenta que el vendedor recibió el pago de varios kilos de droga en el momento de la aprehensión, y si bien el enervante no llegó al dominio del adquirente por la intervención de los agentes de la policía, tal evento es intrascendente y por lo mismo no impide dar por satisfechos los elementos constitutivos del ilícito contra la salud de la modalidad de venta de marihuana, en razón de que la referida conducta cobró vigencia con el solo acuerdo de voluntades sobre la cosa y el precio pactado."

3. *Contra la salud en la modalidad de posesión (privilegiada) de narcótico*

Los artículos 193 y 195 bis, del Código Penal Federal, dentro de los cuales se contiene la norma penal que nos ocupa, describen lo siguiente:

"**Artículo 193.** Se consideran narcóticos a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia..."

"**Artículo 195 bis.**- Cuando la posesión o transporte, por la cantidad como por las demás circunstancias del hecho, no pueda considerarse destinada a realizar alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194 de este código y no se trate de un miembro de una asociación delictuosa, se aplicarán las penas previstas en las tablas contenidas en el apéndice 1 de este ordenamiento, si el narcótico no se encuentra comprendido en las mismas, se aplicará hasta la mitad de las penas señaladas en el artículo anterior."

Consecuentemente se debe acreditar:

1. La existencia física de una sustancia considerada como estupefaciente por la Ley General de Salud y de conformidad a lo dispuesto por el artículo 193 del Código Penal Federal; a guisa de ejemplo: Cannabis Sativa L., comúnmente conocida como marihuana.

2. El sujeto activo, sin ser miembro de alguna asociación delictuosa, posea el citado estupefaciente; es decir, lo mantenga bajo de su radio de acción y disponibilidad.

3. Por la cantidad y demás circunstancias del hecho, se pueda considerar que el estupefaciente no está destinado a realizar alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194, del Código Penal Federal; y,

4. La conducta se realice en contravención a las disposiciones de orden público como lo son el Código Penal Federal y la Ley General de Salud.

Como elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho señalado como delito, se debe acreditar: la realización por parte del activo de una conducta en forma de acción, consistente precisamente en poseer o mantener dentro de su radio de acción y ámbito de disponibilidad una sustancia considerada como estupefaciente por la Ley General de Salud, en el caso a ejemplo, Cannabis Sativa L., comúnmente conocida como marihuana; misma que por su cantidad y demás circunstancias concretas del hecho, pueda considerarse que no está destinada a realizar alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194 del citado Código Punitivo; ello, en contravención a las disposiciones de orden público como lo es la propia Ley General de Salud; circunstancia con lo cual, se pone en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal en estudio, que lo es la salud pública, ante el riesgo latente de su afectación con motivo del eventual consumo del estupefaciente que posee el activo. El tipo penal en estudio no requiere de calidad específica para los sujetos activo o pasivo; el primero por ser indiferente y el segundo por constituirse en la sociedad; sin embargo, en relación con el activo, no debe pertenecer a una asociación delictuosa. El resultado es de naturaleza formal, pues resulta evidente que sus efectos no trascienden al mundo fáctico o material. El objeto material se constituye por la droga que se tiene en posesión, en el caso a ejemplo, Cannabis Sativa L., comúnmente conocida como marihuana; pues sobre dicho estupefaciente recae la acción posesoria del activo. El tipo penal no requiere de algún medio específico para su consumación; tampoco requiere de circunstancias especiales de lugar, tiempo, modo u ocasión. Los elementos normativos de la descripción típica en estudio son "posesión", "narcótico" y "asociación delictuosa"; mismos a los cuales les corresponde una valoración de tipo jurídico; en relación con el primer elemento normativo o "posesión", se trata además de uno de los verbos rectores del tipo penal, el cual acorde con una interpretación jurisprudencial, se traduce en mantener el estupefaciente dentro del ámbito de acción y disposición; en relación al segundo de los elementos en cita o "narcótico", su contenido normativo resulta de una interpretación del párrafo primero, del artículo 193, del Código Penal Federal, en relación con el 234 de la Ley General de Salud, de donde se advierte que la Cannabis Sativa L., comúnmente conocida como marihuana, está considerada precisamente con tal carácter; en relación al tercer elemento normativo que

contiene la descripción típica en estudio, es decir, "asociación delictuosa", éste cuenta con una connotación de carácter jurídico, al tenor del contenido del párrafo primero del artículo 164 del Código Penal Federal, que en lo conducente establece: "al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa"; luego, por asociación delictuosa deberá entenderse la reunión de tres o más personas, guiados bajo el propósito específico de delinquir. Sin que la norma requiera elemento alguno de naturaleza subjetiva específica o mayores circunstancias.

Lo anterior, encuentra apoyo en los criterios siguientes:

La jurisprudencia por contradicción 1a./J. 12/2000, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 163, Tomo XII, Octubre de 2000, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

> "**SALUD, DELITO CONTRA LA. EFECTOS DE LA CONCESIÓN DEL AMPARO CUANDO NO QUEDA ACREDITADA LA MODALIDAD DEL DELITO POR LA QUE FUE SENTENCIADO EL QUEJOSO, PERO SÍ UNA DIVERSA DE MENOR PENALIDAD (ARTÍCULOS 194, FRACCIÓN I, 195, PÁRRAFO PRIMERO Y 195 BIS, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL).** Cuando el tribunal de amparo advierta que no se acredita alguna de las modalidades del delito contra la salud, transporte o posesión de narcóticos, previstas en los artículos 194, fracción I y 195, primer párrafo, del Código Penal Federal, por la cual el quejoso fue sentenciado, pero sí una distinta de menor penalidad, que sólo difiere en grado de la primera, como son las establecidas en el diverso 195 bis de ese ordenamiento legal, se debe otorgar el amparo para efectos de que la responsable deje insubsistente la sentencia reclamada y en su lugar dicte otra en la que lo declare penalmente responsable a la luz de la modalidad del delito que sí quedó acreditada. Lo anterior, en virtud de que el artículo 160, fracción XVI, de la Ley de Amparo establece que el delito no se considerará diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en grado del que haya sido materia del proceso."

La tesis de jurisprudencia 680, sustentada por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, visible en la página 428, Tomo II, Parte TCC, del Apéndice de 1995, Octava Época; cuyo texto y rubro son:

> "**REFORMAS AL CÓDIGO PENAL FEDERAL PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE DIEZ DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO, VIGENTES A PARTIR DEL DÍA PRIMERO DE FEBRERO DEL MISMO AÑO, EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 195 BIS. APLICACIÓN RETROACTIVA.** Las reformas al Código Penal Federal vigentes a partir del primero de febrero de mil novecientos noventa y cuatro previenen un tratamiento favorable al reo al señalar en su artículo 195 bis una penalidad atenuada, aun cuando de las pruebas que obren en el sumario sean suficientes para tener por acreditado tanto el cuerpo del delito contra la salud en sus modalidades de posesión o transportación de un narcótico, así como la responsabilidad penal plena del inculpado; sin embargo, cuando por la cantidad de la droga y además no exista ninguna prueba a través de la cual se llegue al conocimiento de que fuera a ser destinada a realizar alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194 del Código reformado, ni que el sentenciado fuera miembro de alguna asociación delictuosa se debe estimar procedente la aplicación de las penas previstas en las tablas contenidas en el Apéndice uno del artículo 195 bis del citado cuerpo de leyes, aunque sea retroactivamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 constitucional, interpretado a contrario sensu, y artículo 56 de dicho Código Penal Federal en cuanto establece que la autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando una sanción aplicará de oficio la ley más favorable, cuando, como en el caso, la sentencia se encuentre subjudice en virtud del juicio de amparo, ello conlleva a que el Tribunal constitucional siga conociendo del asunto, por lo que no existe obstáculo para que se conceda el amparo para el efecto de que la responsable deje subsistente la sentencia en cuanto a la corporeidad del delito y plena responsabilidad penal del acusado, y la modifique únicamente para individualizar nuevamente las penas que le corresponden al quejoso, atendiendo al grado de peligrosidad apreciado y a la tabla de equivalencias a que se refiere el Apéndice uno del citado precepto, ya que es manifiesto el beneficio que esto le representa al quejoso."

4. *Contra la salud, en la modalidad de transporte de estupefacientes, en grado de tentativa*

Los artículos 194, fracción I, y 193, en relación con el 12, todos del Código Penal de la Federación, expresamente señalan:

> "**Artículo 193.-** Se consideran narcóticos a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia."

"**Artículo 194.**- Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que:

I.- Produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aún gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud."

"**Artículo 12.**- Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que debían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente."

Consecuentemente, se debe acreditar:

1. La existencia de alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193 del Código Penal Federal, a manera de ejemplo, clorhidrato de Cocaína y Diacetilmorfina, comúnmente conocida como heroína.

2. La realización por parte del activo de todos los actos ejecutivos idóneos para que el referido narcótico sea objeto de transportación de un punto geográfico a otro distinto dentro del territorio nacional.

3. El resultado no se produzca por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, como puede ser, por ejemplo, la oportuna detección del narcótico oculto, y el aseguramiento del sujeto activo; y,

4. La conducta se realice en contravención a las disposiciones de orden público, como lo son el Código Penal Federal y la Ley General de Salud, al no contar el activo con la autorización correspondiente de la autoridad sanitaria para legitimar el transporte de drogas.

Como elementos objetivos o externos constitutivos de la materialidad del hecho reseñado como delito, se debe acreditar la existencia de una conducta en forma de acción, consistente en la realización por parte del activo de toda la serie de actos ejecutivos idóneos tendientes a transportar o trasladar narcóticos de un punto geográfico a otro dentro del territorio nacional, no obstante que dicho resultado finalmente no se produzca por causas ajenas a su voluntad; suceso con el cual, necesariamente se vulnera el bien jurídico tutelado por la norma, consistente en la salud pública, ante el riesgo potencial de que los narcóticos, durante su traslado, lleguen a los miembros de la sociedad y por su consumo se degrade la especie. El tipo penal en estudio no requiere de calidad específica para los sujetos, por ser el activo impersonal y el pasivo constituirse por la propia sociedad. El resultado es de naturaleza formal, pues sus efectos no trascienden al mundo material o fáctico. El objeto material se constituye por los narcóticos que son objeto de transportación; en el caso a ejemplo, clorhidrato de Cocaína y Diacetilmorfina, comúnmente conocida como heroína, pues los mismos son los que resienten propiamente la acción del activo, relativa a realizar toda la serie de actos ejecutivos idóneos tendientes a su traslado de un punto geográfico a otro dentro del territorio nacional; ello, no obstante que el resultado finalmente no se consume por causas ajenas a su voluntad. El tipo penal no requiere de algún medio específico para la consumación del evento. Tampoco se requieren circunstancias de tiempo, modo u ocasión; pero sí de lugar, dado que la conducta típica de desarrollar toda la serie de actos ejecutivos idóneos para trasladar de un punto geográfico a otro los narcóticos debe acontecer dentro del territorio nacional. Como elementos normativos en la descripción típica, se encuentran: "transporte" y "narcótico"; a los cuales les corresponde una valoración jurídico o cultural; en relación con el primero de los elementos normativos de cita, se constituye además en el verbo núcleo del tipo penal; al cual le corresponde a una valoración de tipo cultural y se le concibe como "trasladar narcóticos de un punto geográfico a otro dentro del territorio nacional". Respecto del segundo de los elementos normativos de referencia o "narcótico", se constituye en el objeto material del delito y su contexto dimana de una interpretación auténtica de lo que dispone el propio párrafo primero del artículo 193 del Código Penal Federal, en relación a los artículos 234 de la Ley General de Salud, donde se destaca en concreto que al clorhidrato de cocaína y a la diacetilmorfina, coloquialmente conocida como heroína, se les contempla precisamente con tal carácter. No se requiere elemento subjetivo específico alguno o mayores circunstancias.

Lo anterior, encuentra apoyo en los criterios siguientes:

La tesis de jurisprudencia sustentada por la Primera Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 202, Tomo I, Primera Parte-1, Enero a Junio de 1998, del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época; cuyo texto y rubro son:

"**SALUD, DELITOS CONTRA LA. TRANSPORTACIÓN. EN ESTA MODALIDAD ES UN DELITO PERMANENTE.** La transportación implica llevar de un lugar a otro una cosa; por ende, la transportación de un estupefaciente implica que su autor inicie la conducta en un momento y lugar determinados y la culmine en un momento y lugar diversos, de manera que el delito a examen es de naturaleza permanente, es decir, no se agota en un determinado instante, sino que su consumación se prolonga a través del tiempo."

La tesis de jurisprudencia sustentada por la Primera Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 209,

Tomo I, Primera Parte-1, Enero a Junio de 1998, del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época; cuyo texto y rubro son:

> "**SALUD, DELITO CONTRA LA. TRANSPORTACIÓN. DESPLAZAMIENTO COMO ELEMENTO TÍPICO.** Si el inculpado aduce que el desplazamiento no constituye un elemento típico del delito contra la salud, en la modalidad de transportación de estupefaciente, su pretensión es jurídicamente inaceptable, pues precisamente ese desplazamiento o traslado del enervante, de una región geográfica a otra, con independencia de la demarcación política, es la nota característica de dicha modalidad.

La tesis de jurisprudencia sustentada por la Primera Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 99, 151-156, Segunda Parte, del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época; cuyo texto y rubro son:

> "**SALUD, DELITO CONTRA LA. TRANSPORTACIÓN. ELEMENTOS.** Para que se actualice la modalidad de transportación del delito contra la salud, es necesario que con la droga se realicen movimientos que impliquen desplazamientos que involucren lugares distintos que constituyan medios diferentes, pues no cualquier cambio de sitio puede jurídicamente estimarse como transportación."

La tesis de jurisprudencia sustentada por la Primera Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 99, 151-156, Segunda Parte, del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época; cuyo texto y rubro son:

> "**SALUD, DELITO CONTRA LA. TRANSPORTACIÓN. ELEMENTOS.** Para que se actualice la modalidad de transportación del delito contra la salud, es necesario que con la droga se realicen movimientos que impliquen desplazamientos que involucren lugares distintos que constituyen medios diferentes, pues no cualquier cambio de sitio puede jurídicamente estimarse como transportación, debiéndose agregar también que para que la propia modalidad se surta, es pertinente que la transportación tenga una finalidad diversa a la de la simple posesión, circunstancias que no se dan si el estupefaciente no es desplazado del medio rural y únicamente es llevado a cierta distancia del lugar en donde se encontraba, siendo el propósito del traslado el de que la droga continúe bajo el resguardo del inculpado en tanto se presenta la oportunidad de cambiarla de medio, que permita su disposición en el mercado, lo que entonces si implicaría el destino al través de la transportación sancionada por la ley."

La tesis de jurisprudencia sustentada por la Primera Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 154, 169-174, Segunda Parte, del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época; cuyo texto y rubro son:

> "**TENTATIVA PUNIBLE, CONDICIONES DE LA.** Según el artículo 12 del Código Penal Federal, la tentativa es punible cuando «se ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente». Como se aprecia de esta definición, los elementos que integran la naturaleza de la tentativa son a) un elemento moral o subjetivo que consiste en la intención dirigida a cometer un delito; b) un elemento material u objetivo, que consiste en actos desarrollados por el agente tendiente a la ejecución del delito, y c) un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto. Asentado lo anterior, resulta evidente que la tentativa punible, para surtirse, requiere no de meras actitudes que hagan suponer que se va a cometer un delito, sino de actos positivos que constituyan un principio de ejecución, es decir, de iniciación de un delito que no llega a su fin lesivo por el concurso de una tercera fuerza que lo impide y que es ajena a la voluntad del delincuente. Estos actos que son ya un inicio de penetración en el núcleo del tipo, a que la tentativa se refiere, han de ser realizados empleando el agente un medio objetivo idóneo a causar lesión en el bien jurídico tutelado, conforme a su determinación subjetiva previa; lo que no ocurre cuando sólo se trata de actos meramente preparatorios, previos a la ejecución."

5. *Contra la salud, en la modalidad de transporte de narcótico, en la que se utilizó a un menor de edad*

Los artículos 193, 194, fracción I, y 196, fracción III, del Código Penal de la Federación, expresamente señalan:

> "**Artículo 193.**- Se consideran narcóticos a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia."
>
> "**Artículo 194.**- Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que:
>
> I.- Produzca, <u>transporte</u>, trafique, comercie, suministre aún gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud."

"**Artículo 196.**- Las penas que en su caso resulten aplicables por los delitos previstos en el artículo 194, serán aumentadas en una mitad, cuando:

III.- Se utilice menores de edad o incapaces para cometer cualesquiera de esos delitos."

Consecuentemente, se debe acreditar:

1. La existencia física de sustancias consideradas como estupefacientes por la Ley General de Salud y como narcóticos conforme a los dispuesto en el artículo 193 del Código Penal Federal; a guisa de ejemplo, Cannabis Sativa L., mejor conocida como marihuana.

2. El referido narcótico sea objeto de transportación de un punto geográfico a otro distinto dentro del territorio nacional;

3. La conducta se realice en contravención de las disposiciones de orden público, como los son el Código Penal Federal y la Ley General de Salud; y,

4. En el evento se utilice a menores de edad.

Como elementos objetivos o externos constitutivos de la materialidad del hecho reseñado como delito, se deben acreditar: la realización por parte del activo de una conducta en forma de acción; concretamente, transportar o trasladar marihuana de un punto geográfico a otro del territorio nacional; suceso con el cual, se vulnera el bien jurídico tutelado por la norma, consistente en la salud pública, ante su potencial uso por los miembros de la sociedad de las diversas areas por las que transita. El tipo penal en estudio, no requiere de calidad específica para los sujetos. El resultado es naturaleza formal, pues sus efectos no trascienden al mundo material o fáctico. El objeto material se constituye por el narcótico (ejemplo: marihuana) que es transportada o trasladada de un punto geográfico a otro del territorio nacional; pues es dicho narcótico el que resiente propiamente la acción del activo. El tipo penal no requiere de algún medio específico para la consumación del evento. No se requieren circunstancias particulares de lugar, tiempo, modo ni de ocasión. Como elementos normativos dentro de la descripción típica, se encuentran las expresiones "transporte" y "narcóticos"; cuyo significado, en relación con la primera, corresponde con el verbo rector del tipo penal y de acuerdo con una interpretación de tipo jurídica, al tenor de diversos criterios de jurisprudencia, se le conceptualiza como "trasladar narcóticos de un punto geográfico a otro del territorio nacional"; en relación al segundo de los elementos o "narcótico", deriva de una interpretación auténtica de lo que dispone el propio párrafo primero del artículo 193, del Código Penal Federal, en relación a la Ley General de Salud, de donde se destaca que la Cannabis Sativa L., mejor conocida como marihuana, se le contempla precisamente como tal carácter. No se requiere de elemento subjetivo específico alguno. Y, como circunstancia modificativa agravante, se propone que en la acción se utilice a menores de edad.

Al respecto, resultan aplicables los siguientes criterios jurisprudenciales:

La tesis de jurisprudencia sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 209, del Tomo I Primera Parte-1, Enero a Junio de 1988, del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, cuyo texto rubro son:

"**SALUD, DELITO CONTRA LA. TRANSPORTACIÓN. DESPLAZAMIENTO COMO ELEMENTO TÍPICO.** Si el inculpado aduce que el desplazamiento no constituye un elemento típico del delito contra la salud, en la modalidad de transportación de estupefaciente, su pretensión es jurídicamente inaceptable, pues precisamente ese desplazamiento o traslado del enervante, de una región geográfica a otra, con independencia de la demarcación política, es la nota característica de dicha modalidad."

La tesis de jurisprudencia sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 202, del Tomo I Primera Parte-1, Enero a Junio de 1988, del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, cuyo texto rubro son:

"**SALUD, DELITOS CON LA. TRANSPORTACIÓN. EN ESTA MODALIDAD ES UN DELITO PERMANENTE.** La transportación implica llevar de un lugar a otro una cosa; por ende, la transportación de un estupefaciente implica que su autor inicie la conducta en un momento y lugar determinado y la culmine en un momento y lugar diverso, de manera que el delito a examen es de naturaleza permanente, es decir, no se agota en un determinado instante, sino que su consumación se prolonga a través del tiempo."

6. *Delito previsto y sancionado por el artículo 138, párrafo primero, de la Ley General de Población*

El artículo 138 de la Ley General de Población, en su párrafo primero, expresamente señala:

"**Artículo 138.** Se impondrá pena de seis a doce años de prisión y multa de cien a diez mil días de salario mínimo general

vigente en el Distrito Federal en el momento de consumar la conducta, a quien por sí o por interpósita persona, con propósito de tráfico, pretenda llevar o lleve a mexicanos o extranjeros a internarse a otro país, sin la documentación correspondiente."

Consecuentemente, se debe acreditar:

1. El sujeto activo, actúe por sí.
2. Con propósito de tráfico.
3. Lleve a mexicanos a internarse a otro país.
4. Lo anterior se realice sin que aquéllos cuenten con la documentación correspondiente.

Como elementos objetivos o externos constitutivos de la materialidad del hecho reseñado como delito, se deben acreditar: la realización por parte del activo de una conducta en forma de acción; concretamente, obrar con el propósito de tráfico y llevar a extranjeros o mexicanos a internarse a otro país, sin que aquéllos cuenten con la documentación correspondiente; suceso con el cual, se vulnera el bien jurídico tutelado por la norma, consistente en la seguridad del Estado en lo relativo al control de su población. El tipo penal en estudio, no requiere propiamente de una calidad específica para los sujetos activo o pasivo, por ser el primero indiferente, y el segundo constituirse por el Estado. El resultado es de naturaleza formal, pues sus efectos no trascienden al mundo material o fáctico. El objeto material se constituye por aquellos sujetos que son llevados a internarse a otro país, quienes deben ser y tener la calidad de extranjeros o la nacionalidad de "mexicanos". El tipo penal no requiere de algún medio específico para la consumación del evento, ni circunstancias de tiempo, modo u ocasión, pero sí de lugar, pues el pretender llevar o llevar mexicanos o extranjeros a internarse a otro país, implica el tránsito de nuestra República a otro Estado, entendido éste como nación y no como entidad federativa. Como elementos normativos, la descripción contiene las expresiones "tráfico", "mexicanos", "internarse a otro país", y "sin la documentación correspondiente"; cuyo significado, en relación con la primera expresión o "tráfico", se constituye igualmente por el elemento subjetivo específico que caracteriza el desarrollo de la acción y su contexto proviene de una valoración de tipo cultural, referida al comercio en general, ilícito y clandestino que lleva a cabo el sujeto activo en relación con aquellas personas que pretende introducir a otro país sin contar con la documentación correspondiente, es decir, quien realiza esa acción obtiene necesariamente un lucro; el término "mexicanos", se constituye por una calidad específica de los sujetos que son motivo de la acción, y su contexto dimana de una valoración de tipo jurídica, derivada de lo que dispone el artículo 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual a la letra dice:

"Artículo 30.- La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A) Son mexicanos por nacimiento:

I.- Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres;

II.- Los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicano o de madre mexicana;

II.- Los que nazcan a bordo de embarcaciones o de aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B) Son mexicanos por naturalización:

I.- Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización; y

II.- La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos y tengan establecido su domicilio dentro del territorio nacional."

Por lo que respecta al tercer elemento normativo o "internarse a otro país", se refiere a una circunstancia espacial derivada del tránsito de nuestra República a otra; se trata, asimismo, de un elemento normativo de valoración cultural, cuya conceptualización es la de cruzar nuestras fronteras territoriales hacia diversa nación; en lo inherente al último elemento normativo o "sin la documentación correspondiente"; su contexto dimana de una valoración de tipo jurídica, derivada del contenido de la Ley General de Población y su Reglamento, de los cuales se desprende como concepto genérico la serie de trámites y requisitos migratorios que se deben realizar para poder ingresar o en su caso, salir del país de una manera lícita. La descripción típica requiere un elemento subjetivo específico, caracterizado por la finalidad que guía el desarrollo de la acción del activo; en la especie, el propósito de "tráfico", cuyo contexto normativo ha sido precisado con antelación. Sin que se requieran de mayores circunstancias en la descripción normativa en estudio; sean estas agravantes o atenuantes.

Al respecto, resulta aplicable la tesis de jurisprudencia V.3o.2 P, sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, visible en al página 583, Tomo VIII, Noviembre de 1998, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, cuyo texto y rubro son:

"**TRÁFICO, PROPÓSITO DEL. ALCANCE DE ESE TÉRMINO, EN CUANTO AL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 138 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN.** El artículo 138 de la Ley General de Población, establece: Se impondrá pena de seis a doce años de prisión y multa de cien a diez mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el momento de consumar la conducta, a quien por sí o por interpósita persona, con propósito de tráfico, pretenda llevar o lleve mexicanos o extranjeros a internarse a otro país, sin la documentación correspondiente .... Dicho precepto, hasta antes del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis, fecha en que fue reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, establecía en el primero de sus párrafos: Se impondrá pena de dos a diez años de prisión y multa hasta el equivalente a diez mil días de salario mínimo conforme al que esté vigente en el Distrito Federal, a quien por sí o por medio de otros pretenda llevar o lleve nacionales mexicanos a internarse al extranjero en forma ilegal .... La exposición de motivos que dio origen al decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de Población, consideró en este punto, que era necesario procurar un castigo mayor y severo a las personas que cometieran el delito de tráfico de indocumentados; por ello en el nuevo precepto se incluyó como el elemento subjetivo del ilícito en cuestión, lo relativo al propósito de tráfico por parte del sujeto activo; la connotación que en la semántica tiene el término tráfico, como lo consigna el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa acción de traficar; y traficar: comerciar, negociar con dinero y las mercaderías; el distinto Diccionario Enciclopédico Larousse, respecto al término tráfico dice que es: comercio ilegal y clandestino; y traficar, negociar, realizar operaciones comerciales generalmente ilícitas y clandestinas. De manera que el término propósito de tráfico utilizado por la Ley General de Población, en el artículo de que se trata, se refiere al comercio en general, ilícito y clandestino que lleva a cabo el sujeto activo en relación con aquellas personas que pretenden introducirse en otro país, sin contar con la documentación correspondiente, es decir que quien realiza esa «acción obtiene necesariamente un lucro."

7. *Delito previsto y sancionado por el artículo 138, párrafo primero y último, de la Ley General de Población*

Los párrafos primero y último del artículo 138 de la Ley General de Población, expresamente señala:

"**Artículo 138.**- Se impondrá pena de seis a doce años de prisión y multa de cien a diez mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el momento de consumar la conducta, a quien por sí o por interpósita persona, con propósito de tráfico, pretenda llevar o lleve a mexicanos o extranjeros a internarse a otro país, sin la documentación correspondiente.

...

Se aumentarán hasta en una mitad las penas previstas en los párrafos precedentes, cuando las conductas descritas se realicen respecto de menores de edad; o en condiciones o por medios que pongan en peligro la salud, la integridad o la vida de los indocumentados; o bien cuando el autor del delito sea servidor público."

Consecuentemente, se debe acreditar:

1. El sujeto activo, actúe por sí.
2. Con propósito de tráfico.
3. Lleve a mexicanos a internarse a otro país.
4. Lo anterior se realice sin que aquéllos cuenten con la documentación correspondiente.
5. La conducta descrita se realice respecto de menores de edad.

Como elementos objetivos o externos constitutivos de la materialidad del hecho reseñado como delito, se deben acreditar: la realización por parte del activo de una conducta en forma de acción; concretamente, obrar con el propósito de tráfico, y llevar a mexicanos a internarse a otro país, sin que aquéllos cuenten con la documentación correspondiente, en el caso concreto, menores de edad; suceso con el cual, se vulnera el bien jurídico tutelado por la norma, consistente en la seguridad del Estado en lo relativo al control de su población. El tipo penal en estudio, no requiere propiamente de una calidad específica para los sujetos activo o pasivo, por ser el primero indiferente, y el segundo constituirse por el Estado. El resultado es naturaleza formal, pues sus efectos no trascienden al mundo material o fáctico. El objeto material se constituye por aquéllos sujetos que son llevados a internase a otro país, que son quienes resienten propiamente la acción del activo y deben tener la calidad específica de ser menores de edad y tener la nacionalidad de "mexicanos". El tipo penal no requiere de algún medio específico para la consumación del evento, ni circunstancias de tiempo, modo u ocasión, pero sí de lugar, pues el pretender llevar o llevar mexicanos o extranjeros a internarse a otro país, implica el tránsito de nuestra República a otro Estado, entendido éste como nación y no como entidad federativa. Como elementos normativos, la descripción contiene las expresiones "tráfico", "mexicanos", "internarse a otro país", y "sin la documentación correspondiente"; cuyo significado, en relación con la primera expre-

sión o "tráfico", se constituye igualmente por el elemento subjetivo específico, que caracteriza el desarrollo de la acción y su contexto proviene de una valoración de tipo cultural, referida al comercio en general, ilícito y clandestino que lleva a cabo el sujeto activo en relación con aquéllas personas que pretende introducir en otro país, sin contar con la documentación correspondiente, es decir que quien realiza esa acción obtiene necesariamente un lucro; el termino "mexicanos", se constituye por una calidad específica de los sujetos que son motivo de la acción, y su contexto dimana de una valoración de tipo jurídica, derivada de lo que dispone el artículo 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual a la letra dice:

> "**Artículo 30.** La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.
> A) Son mexicanos por nacimiento:
> I.- Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres;
> II.- Los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicano o de madre mexicana;
> II.- Los que nazcan a bordo de embarcaciones o de aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.
> B) Son mexicanos por naturalización:
> I.- Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización; y
> II.- La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos y tengan establecido su domicilio dentro del territorio nacional."

Por lo que respecta al tercer elemento normativo o "internarse a otro país", se refiere a una circunstancia espacial derivada del tránsito de nuestra República a otra; se trata asimismo, de un elemento normativo de valoración cultural, cuyo concepto es la de cruzar nuestras fronteras territoriales hacia otra nación; en lo inherente al último elemento normativo o "sin la documentación correspondiente"; su contexto dimana de una valoración de tipo jurídica, derivada del contenido de la Ley General de Población y su Reglamento, de los cuales se desprende como concepto genérico la serie de trámites y requisitos migratorios que se deben realizar para poder ingresar o en su caso, salir del país de una manera lícita. La descripción típica, requiere un elemento subjetivo específico, caracterizado por la finalidad que guía el desarrollo de la acción del activo; en la especie, el propósito de "tráfico", cuyo contexto normativo ha sido precisado con antelación. Como circunstancia modificativa agravante, se propo-

ne que en la acción de interés para el derecho punitivo, la conducta se realice respecto de menores de dieciocho años de edad; calidad específica que debe quedar debidamente acreditada.

Al respecto, resulta aplicable la tesis de jurisprudencia V.3o.2 P, sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, visible en al página 583, Tomo VIII, Noviembre de 1998, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, cuyo texto y rubro son:

> "**TRÁFICO, PROPÓSITO DEL. ALCANCE DE ESE TÉRMINO, EN CUANTO AL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 138 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN.** El artículo 138 de la Ley General de Población, establece: Se impondrá pena de seis a doce años de prisión y multa de cien a diez mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el momento de consumar la conducta, a quien por sí o por interpósita persona, con propósito de tráfico, pretenda llevar o lleve mexicanos o extranjeros a internarse a otro país, sin la documentación correspondiente .... Dicho precepto, hasta antes del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis, fecha en que fue reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, establecía en el primero de sus párrafos: Se impondrá pena de dos a diez años de prisión y multa hasta el equivalente a diez mil días de salario mínimo conforme al que esté vigente en el Distrito Federal, a quien por sí o por medio de otros pretenda llevar o lleve nacionales mexicanos a internarse al extranjero en forma ilegal .... La exposición de motivos que dio origen al decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de Población, consideró en este punto, que era necesario procurar un castigo mayor y severo a las personas que cometieran el delito de tráfico de indocumentados; por ello en el nuevo precepto se incluyó como el elemento subjetivo del ilícito en cuestión, lo relativo al propósito de tráfico por parte del sujeto activo; la connotación que en la semántica tiene el término tráfico, como lo consigna el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa acción de traficar; y traficar: comerciar, negociar con dinero y las mercaderías; el distinto Diccionario Enciclopédico Larousse, respecto al término tráfico dice que es: comercio ilegal y clandestino; y traficar, negociar, realizar operaciones comerciales generalmente ilícitas y clandestinas. De manera que el término propósito de tráfico utilizado por la Ley General de Población, en el artículo de que se trata, se refiere al comercio en general, ilícito y clandestino que lleva a cabo el sujeto activo en relación con aquellas personas que pretenden introducirse en otro país, sin contar con la documentación correspondiente, es decir que quien realiza esa «acción obtiene necesariamente un lucro."

8. *Equiparable al contrabando, en la modalidad de el que no declare en la aduana a su salida del territorio nacional, cantidades en efectivo o cheques, o una combinación de ambas, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a treinta mil dólares de los Estados Unidos de América*

El artículo 105, fracción XIII, último párrafo, del Código Fiscal de la Federación, en que subyace la norma penal analizada, señala:

> "**Artículo 105.**- Será sancionado con las mismas penas del contrabando, quien (...)
>
> XIII.- (...)
>
> La persona que no declare en la aduna a la entrada al país o a la salida del mismo, que lleva consigo cantidades en efectivo o equivalente en la moneda o monedas de que se trate a treinta mil dólares de los Estados Unidos de América se le sancionará con pena de prisión de tres meses a seis años. En caso de que se dicte sentencia condenatoria por autoridad competente respecto del delito a que se refiere este párrafo, el excedente de la cantidad antes mencionada pasará a ser propiedad del fisco federal, excepto que la persona de que se trate demuestre el origen lícito de dichos recursos."

Consecuentemente, se debe acreditar:

1. Un conducta en forma de omisión, relativa a no declarar en la aduana a la entrada o salida del país, respecto a que se lleva consigo una cantidad superior al equivalente de treinta mil dólares de los Estados Unidos de América; sea ésta en efectivo o en cheque;

2. La conducta se realice en contravención a disposiciones de orden público, como lo es el Código Fiscal de la Federación.

Como elementos objetivos o externos constitutivos de la materialidad del hecho reseñado como delito, se deben acreditar: la realización por parte del activo de una conducta en forma de omisión, relativa a no declarar en la aduana a la salida del país, que se lleva consigo una cantidad mayor a treinta mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica; suceso con el cual, se vulnera el bien jurídico tutelado por la norma, consistente en el control que el Estado debe tener respecto de la entrada y salida de divisas al país, así como la correcta y justa administración tributaria. El tipo penal en estudio, no requiere propiamente de una calidad específica para los sujetos activo o pasivo, por ser el primero indiferente, y el segundo constituirse por la sociedad misma. El resultado es de naturaleza formal, pues sus

efectos no trascienden del mundo material o fáctico. El objeto material se constituye por la cantidad en efectivo, cheque o ambos, que excede al equivalente de treinta mil dólares de los Estados Unidos de América, respecto de los cuales se es omiso en declararlos. El tipo penal no requiere de algún medio específico para su consumación. No se requiere de circunstancias particular de tiempo, modo u ocasión, pero sí de lugar, puesto que el ilícito debe realizarse en la aduana a la entrada o salida del país. Como elementos normativos en la descripción típica, se tienen las expresiones "aduana" y "país"; cuyo significado, al primero, atento a su naturaleza, le corresponde una valoración de tipo jurídica, que de acuerdo con el artículo 1º de la Ley Aduanera, se concibe a las aduanas como aquellas unidades administrativas dependientes de la administración pública centralizada, que tienen como función regular la entrada y salida al territorio nacional de mercancías y de los medios en que se transportan o conducen; en relación al segundo de los elementos normativos o "país", le corresponde una valoración de tipo cultural y se asimila a la palabra República, comprendida no sólo como las partes integrantes de la Federación, sino también el territorio insular, el mar territorial, la plataforma continental, los zócalos submarinos, las aguas de los mares territoriales e inclusive el espacio situado sobre el mismo territorio nacional. No se requiere de elemento subjetivo específico alguno, ni de mayores circunstancias en la descripción normativa en estudio; sean éstas agravantes o bien atenuantes.

Lo anterior, en lo conducente encuentra apoyo en la tesis de jurisprudencia XV.2o.9 P, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, visible en la página 1111, Tomo XIII, Mayo de 2001, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

> "**CONTRABANDO EQUIPARADO. HIPÓTESIS PREVISTA POR EL ARTÍCULO 105, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN. LA TENENCIA E INTRODUCCIÓN NO DECLARADA DE CHEQUES LIBRADOS A CARGO DE INSTITUCIONES BANCARIAS MEXICANAS NO LO CONSTITUYE.** La materia de prohibición del delito previsto y sancionado por el artículo 105, último párrafo, del Código Fiscal de la Federación radica en la introducción, no declarada, de dinero, sea en efectivo o en cheque, por una cantidad superior, en la moneda de que se trate, al equivalente a treinta mil dólares americanos; por lo tanto, no puede ser constitutivo de tal delito el abstenerse de declarar la tenencia de cheques librados a cargo de instituciones bancarias mexicanas, puesto que las cantidades que amparan dichos docu-

mentos se encuentran materialmente depositadas en el país y, en estas condiciones, es inconcuso que no se actualiza el elemento de la introducción de numerario al país."

9. *Introducción clandestina al país de arma de fuego y municiones reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacional*

El artículo 84, fracción I, en relación con el 11, incisos b) y f), ambos de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, dentro de los cuales subyace la norma penal en estudio, expresamente señalan:

"**Artículo 84.**- Se impondrá de cinco a treinta años de prisión y de veinte a quinientos días multa:

I.- Al que participe en la introducción al territorio nacional, en forma clandestina, de armas, municiones, cartuchos, explosivos y materiales de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea o sujetos a control, de acuerdo con esta Ley."

"**Artículo 11.**- Las armas, municiones y material para uso exclusivo del Ejercito, Armada y Fuerza Aérea, son los siguientes:

...

b) Pistolas calibre 9 mm. Parabellum, Luger y similares, las .38" Super y Comando, y las de calibres superiores.

...

f) Municiones para las armas anteriores y cartuchos con artificios especiales como trazadores, incendiarios, perforantes, fumígenos, expansivos, de gases y los cargadores con postas superiores al "00" (.84 cms. de diámetro) para escopeta."

Consecuentemente se debe acreditar:

1. El activo, partícipe de cualquier forma en la introducción al territorio nacional.

2. La conducta, verbo núcleo, se realice en forma clandestina.

3. El objeto material sobre el cual recae la conducta, se trate de armas o municiones de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea o sujetos a control de acuerdo con esa Ley.

Como elementos objetivos o externos constitutivos de la materialidad del hecho reseñado como delito, se deben acreditar: la realización por parte del activo de una conducta en forma de acción; concretamente, participar en cualquier forma en la introducción clandestina al territorio nacional de armas o municiones de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea o sujetos a control, de acuerdo con la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; suceso con el cual, se vulnera el bien jurídico tutelado por la norma, consistente en la paz y seguridad pública, así como el control que el Estado guarda respecto de las armas de fuego existentes en el país. El tipo penal en estudio no requiere propiamente de una calidad específica para los sujetos activo o pasivo, por ser el primero indiferente y el segundo constituirse por la sociedad. El resultado es de naturaleza formal, pues sus efectos no trascienden al mundo material o fáctico. El objeto material se constituye por las armas o municiones que resienten propiamente la acción de introducción clandestina al territorio nacional, por parte del activo; mismas que deben reunir, como calidad específica, que sean de uso exclusivo para las fuerzas armadas nacionales. El tipo no requiere de algún medio específico para la consumación del evento, ni circunstancias de tiempo, modo u ocasión, pero sí de lugar, pues la introducción de las armas o municiones se debe realizar hacia el territorio nacional. Como elementos normativos, la descripción contiene las expresiones semánticas "introducción al territorio nacional" y "forma clandestina"; el primero de los elementos conlleva al verbo núcleo del tipo penal, así como una circunstancia espacial, relativa al asiento de la República mexicana; se trata además de un elemento susceptible de valorarse culturalmente, y su contexto no es otro que el dar entrada a algo hacia el interior de las fronteras de nuestro país; el segundo elemento normativo, proviene de una valoración de tipo jurídica, e implica que la conducta se realice de manera oculta, encubierta o secreta, a efecto de evitar que sea detectada. No se requiere de elemento subjetivo específico alguno, ni de mayores circunstancias, sean éstas atenuantes o agravantes.

Al respecto, resulta aplicable la jurisprudencia por contradicción 1ª./J.19/99, sustentada por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 66, Tomo IX, Mayo 1999, del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

"**ARMAS, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y MATERIALES DE USO EXCLUSIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS O SUJETOS A CONTROL, DELITO DE INTRODUCCIÓN CLANDESTINA EN LA REPÚBLICA. ES DETERMINANTE EL MODO Y EL LUGAR EN QUE SE INTERNEN LOS OBJETOS DEL ILÍCITO**. De una interpretación armónica e integral de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, así como del Código Penal Federal en el Capítulo Tercero, del Título Cuarto, de rubro "Armas Prohibidas", se advierte que por seguridad nacional debe existir un control y registro permanente de las armas, municiones, explosivos y demás obje-

tos prohibidos. En estas condiciones si el artículo 84, fracción I, de la referida ley establece: "Se «impondrá de cinco a treinta años de prisión y de veinte a quinientos días multa: I.- Al que introduzca en la República, en forma clandestina, armas, municiones, explosivos y materiales de uso exclusivo de las fuerzas armadas o sujetos a control, de acuerdo con esta Ley; asimismo al que participe en la "introducción", el elemento normativo consistente en introducir clandestinamente, debe entenderse en el sentido de desplegar una conducta de manera oculta, encubierta o secreta, para con ello evitar que sea detectada, ya sea por temor a la ley o con el fin de eludirla. Bajo esta premisa, lo clandestino del ilícito se pone de manifiesto desde el momento en que el sujeto oculta de tal manera el objeto material, que no es posible evidenciar a primera vista, que ahí se encuentra, sino por el contrario, se debe llevar a cabo otro tipo de búsqueda para poder percatarse de su existencia, lo que ineludiblemente conduce a analizar cada caso concreto; esto es, el elemento clandestinidad se surte desde el momento en que el sujeto activo oculta su existencia, poniéndolas fuera del control de la autoridad competente y no hace de su conocimiento la pretensión de introducir al territorio nacional tales artefactos, siempre y cuando estén contenidos en un lugar de difícil acceso. Por tanto, si la introducción no se verifica en forma oculta o secreta, entonces no se actualizará la clandestinidad, tal es el caso si dichos artefactos se encuentran en la ropa utilizada al momento de la internación, en cajas o maletas de fácil acceso a las autoridades respectivas, o bien, un lugar visible en el medio de transporte empleado. Lo anterior, en virtud de que no obstante la infracción a la ley, ello no implica de modo alguno impunidad para el infractor, pues de acuerdo con el Código Penal Federal, existen otros tipos penales a los que podría quedar encuadrada la conducta de referencia en que no esté presente el elemento "clandestinidad", para quienes introduzcan al país esos objetos sin el permiso correspondiente."

10. *Operaciones con recursos de procedencia ilícita, en las modalidades de invertir recursos dentro del territorio nacional; y, custodiar y transportar recursos, del territorio nacional hacia el extranjero; en ambos casos, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con el propósito de impedir conocer el origen, destino o propiedad de los mismos*

El artículo 400 bis, del Código Penal Federal, dentro del cual se contienen las hipótesis normativas que nos ocupan, describe lo siguiente:

"**Artículo 400 BIS**. Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.

Para efectos de este artículo se entiende que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia."

A). En relación con la modalidad de invertir recursos dentro de territorio nacional, con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita y con el propósito de impedir conocer el origen, destino o propiedad de los mismos; se acredita con los siguientes elementos:

1. La existencia material de recursos provenientes o que representen el producto de una actividad ilícita.
2. El activo los invierta dentro del territorio nacional.
3. El activo conozca que los recursos provienen o representan el producto de una actividad ilícita.
4. El activo tenga como fin último en su acción, el propósito de impedir que se conozca el origen, destino o propiedad de los recursos.

Como elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho señalado como delito, se debe acreditar: la acción fáctica de realizar dentro del territorio nacional, actos de inversión de recursos procedentes de una actividad ilícita, con conciencia plena de su procedencia y con el propósito específico de impedir que se conozca el origen, destino o propiedad. Suceso con el cual, se vulnera el bien jurídico tutelado, consistente no sólo en la estabilidad económica del país y la seguridad de su sistema financiero; sino sobre todo, la seguridad nacional y el riesgo inminente en que se ubica a su población por el incremento de la actividad delictiva, toda vez que mediante el procedimiento de blanqueo de dinero, las ganancias obtenidas con motivo del delito, se hacen pasar como lícitas; lo cual, no sólo dificulta su rastreo y entorpece la procuración y administración de justicia, así como el combate frontal a la delincuencia; sino que además, se traduce en importantes ganancias económicas para las empresas criminales, lo que determina su fomento, aliciente y

sofisticación. No se requiere calidad del sujeto activo ni del pasivo, en virtud de que el primero es impersonal, mientras que el segundo, se constituye por la sociedad, quien directamente resiente la conducta delictiva. El resultado es de naturaleza formal, pues la conducta de los activos solamente trae consecuencias jurídicas, sin que trasciendan al mundo material o fáctico. El objeto material se constituye por la persona o cosa sobre la cual recae la conducta ilícita; en la especie, los recursos invertidos al interior del país a efecto de su blanqueo, los cuales, requieren de una calidad específica, pues deben provenir de una actividad ilícita. El tipo penal no requiere de algún medio específico para la consumación del evento. No se requieren circunstancias de tiempo, modo y ocasión, pero sí de lugar, en virtud de que la inversión de los recursos de procedencia ilícita deben invertirse dentro del territorio nacional. Como elementos normativos, se encuentran las expresiones: "invertir"; "recursos"; "producto de una actividad ilícita"; cuyo significado, en relación con el primer elemento normativo o "invertir", se constituye por el verbo rector del tipo penal y su contexto deriva de una interpretación de tipo cultural, conceptualizándose para los efectos del presente ilícito como "la operación o manejo de capitales, tendiente a la obtención de un beneficio de naturaleza patrimonial"; al segundo de los elementos normativos o "recursos", le corresponde igualmente una valoración de tipo cultural, cuyo contexto para los efectos del presente ilícito, se entiende como el dinero, capital o circulante en mercados bancarios o financieros; respecto del elemento normativo "actividad ilícita", deriva de una valoración de tipo jurídica, al tenor de una interpretación autentica de la ley, dado que el sexto párrafo del propio artículo 400 bis, del Código Penal Federal, establece que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia. Se requieren como elementos subjetivos específicos diversos del dolo, que el sujeto activo conozca que los recursos que custodia y transporta provienen o representan el producto de una actividad ilícita; asimismo, es necesario que su acción tenga el propósito de impedir que se conozca el origen, destino o propiedad de los citados recursos.

B). En lo inherente a las modalidades de custodiar y transportar recursos, del territorio nacional hacia el extranjero, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita,

con el propósito de impedir conocer el origen, destino o propiedad de los mismos; se acredita con los siguientes elementos:

1. La existencia material de recursos provenientes o que representen el producto de una actividad ilícita;
2. El activo los custodie y transporte del territorio nacional hacia el extranjero;
3. El activo conozca que los recursos provienen o representan el producto de una actividad ilícita;
4. El activo tenga como fin último en su acción, el propósito de impedir que se conozca el origen, destino o propiedad de los recursos.

Como elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho señalado como delito, se debe acreditar: la acción fáctica de diversas conductas en forma de acción, consistentes de manera autónoma e independiente en custodiar y transportar recursos procedentes de una actividad ilícita, del territorio nacional hacia el extranjero, con conciencia plena de su procedencia y con el propósito específico de impedir que se conozca el origen, destino o propiedad. Suceso con el cual, se vulnera el bien jurídico tutelado, consistente no sólo en la estabilidad económica del país y la seguridad de su sistema financiero; sino sobre todo, la seguridad nacional y el riesgo inminente en que se ubica a su población por el incremento de la actividad delictiva, toda vez que mediante el procedimiento de blanqueo de dinero, las ganancias obtenidas con motivo del delito, se hacen pasar como lícitas; lo cual, no sólo dificulta su rastreo y hace imposible la procuración y administración de justicia, así como el combate frontal a la delincuencia; sino que además, se traduce en importantes ganancias económicas para aquélla, lo que determina su fomento, aliciente y sofisticación. No se requiere calidad del sujeto activo ni del pasivo, en virtud de que el primero es impersonal, mientras que el segundo, se constituye por la sociedad, quien directamente resiente la conducta delictiva. El resultado es de naturaleza material, pues en virtud de la esencia de los verbos típicos, custodiar y transportar, es evidente que su consumación trae aparejadas mutaciones objetivas en el objeto material del delito, pues los recursos provenientes de una actividad ilícita, son motivo de traslado de un lugar de la República mexicana hacia el exterior. El objeto material se constituye por la persona o cosa sobre la cual recae la conducta ilícita; en la especie, los recursos que se custodian y trasladan del territorio nacional hacia el extranjero a efecto de su blanqueo; los cuales, requieren de una calidad específica, pues deben provenir de una actividad ilícita. El tipo penal no requiere de algún medio específico para la consumación del evento. No se requieren circunstancias de tiempo,

modo y ocasión, pero sí de lugar, en virtud de que la conducta requiere que la custodia y transporte de los recursos de procedencia ilícita, se realice de un punto geográfico del territorio nacional hacia el extranjero. Como elementos normativos en la norma, se encuentran las expresiones semánticas: "custodiar", "transportar", "recursos" y "producto de una actividad ilícita"; en relación con el primer elemento normativo o "custodiar", se constituye por uno de los verbos rectores del tipo penal y su contexto deriva de una interpretación de tipo cultural, conceptualizándose para los efectos del presente ilícito como la acción y efecto de guardar con todo cuidado alguna cosa, concretamente, los recursos de procedencia ilícita; al segundo de los elementos normativos o "transportar", que corresponde a otro de los verbos alternativos que conforman el tipo penal, su contexto proviene de una valoración de tipo cultural, conceptualizándose como trasladar o llevar de un área geográfica a otra los recursos de procedencia ilícita, específicamente, del territorio nacional hacia el extranjero; en relación con el tercero de los elementos normativos o "recursos", le corresponde igualmente una valoración de tipo cultural, cuyo contexto para los efectos del presente ilícito, se entiende como el dinero, capital o circulante en mercados bancarios o financieros; finalmente, el elemento normativo "producto de una actividad ilícita", deriva de una valoración de tipo jurídica, al tenor de una interpretación autentica de la ley, dado que el sexto párrafo del propio artículo 400 bis, del Código Penal Federal, establece que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legitima procedencia. Se requieren como elementos subjetivos específicos diversos del dolo, que el sujeto activo conozca que los recursos que custodia y transporta provienen o representan el producto de una actividad ilícita; asimismo, es necesario que su acción tenga el propósito de impedir que se conozca el origen, destino o propiedad de los citados recursos.

Lo anterior, encuentra apoyo en los siguientes criterios:

La jurisprudencia I.2o.P. J/13, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, visible en la página 629, Tomo XII, Septiembre de 2000, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

"**OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA. ACREDITAMIENTO DEL CUERPO DEL DELITO.** Para que se acredite la corporeidad del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis, párrafo primero, del Código Penal Federal, no es imprescindible que se demuestre la existencia de un tipo penal diverso, porque de conformidad con el párrafo sexto del mismo artículo, basta que no se demuestre la legal procedencia de los recursos y que existan indicios fundados de la dudosa procedencia de los mismos para colegir la ilicitud de su origen; de otra manera, la intención del legislador de reprimir tales conductas se anularía ante la necesidad de demostrar plenamente el ilícito que dio origen a esos recursos."

La tesis V.2o.35 P, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito., visible en la página 779, XII, Septiembre de 2000, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

"**OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA, DELITO DE. PARA SU CONFIGURACIÓN SE REQUIERE LA COMPROBACIÓN, ENTRE OTROS, DE UN ELEMENTO NORMATIVO.** El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto y sancionado por el artículo 400 bis del Código Penal Federal, requiere para su integración que se demuestre en autos, entre otras cuestiones, que los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, provienen efectivamente de actividades ilícitas, si se toma en cuenta que dicha circunstancia es un elemento normativo de dicho injusto, de conformidad con lo previsto en el penúltimo párrafo del citado artículo 400 bis, el cual dispone: «Para efectos de este artículo se entiende que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia.". Lo anterior es así si se considera que el elemento normativo se define como aquellas situaciones o conceptos complementarios impuestos en los tipos que requieren de una valoración cognoscitiva, jurídica, cultural o social. De ahí que en el caso se estime el concepto aludido como un elemento normativo por definirlo así el propio tipo penal."

11. *Portación de arma de fuego reservada para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea*

Los artículos 8º, 11 inciso b) y 83, fracción II de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, dentro de los cuales se contiene la norma penal correspondiente, señalan:

"**Artículo 8.** No se permitirá la posesión ni portación de las armas prohibidas por la Ley de las reservadas para el uso exclusivo del Ejercito, Armada o Fuerza Aérea, salvo los casos de excepción señalados en ésta Ley."

"**Artículo 11.-** Las armas, municiones y material par el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, son los siguientes:

a).- ...

b).- Pistolas calibre 9 mm. Parabellum, Luger y similares, las .38", Super y Comando y las de calibres superiores; ..."

"**Artículo 83.-** Al que sin el permiso correspondiente porte un arma de uso exclusivo del Ejercito, Armada o Fuerza Aérea, se le sancionará:

I.- ...

II.- Con prisión de tres a diez años y de cincuenta a doscientos días multa, cuando se trate de las armas comprendidas en los incisos a) y b) del artículo 11 de ésta Ley."

Consecuentemente, se debe acreditar:

1. La existencia de un arma de fuego de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea.

2. El arma de fuego sea objeto de portación; esto es, el activo la mantengan dentro de su radio de acción y ámbito de disponibilidad, sin pertenecer a ninguna de las instituciones armadas del país.

3. La conducta se realice en contravención a disposiciones de orden público; en la especie, la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

Como elementos objetivos o externos constitutivos de la materialidad del hecho reseñado como delito, se deben acreditar: la realización por parte del activo de una conducta en forma de acción; concretamente, la de portar un arma de fuego de las de reserva exclusiva para las fuerzas armadas nacionales; es decir, que el implemento bélico se mantenga por el activo, bajo su radio de acción y ámbito de inmediata disposición; suceso con el cual, se vulnera el bien jurídico tutelado por la norma, consistente en la paz y seguridad pública. El tipo penal en estudio, no requiere propiamente de una calidad específica para los sujetos activo o pasivo, por ser el primero indiferente, y el segundo constituirse por la sociedad. El resultado es de naturaleza formal, pues sus efectos no trascienden al mundo material o fáctico. El objeto material, es el implemento que resiente propiamente la acción del activo y en la especie encierra una calidad específica, dado que no cualquier tipo de arma satisface el requerimiento normativo, sino que debe tratarse de un arma que sea reconocida como de uso exclusivo para las fuerzas armadas nacionales. El tipo penal no requiere de algún medio específico para la consumación del evento, ni circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión. El elemento normativo íncito en la descripción típica se constituye por el propio verbo rector del tipo penal; es decir, "portación"; el cual, acordes con una interpretación jurisprudencial, se traduce en "llevar consigo el arma dentro del ámbito de acción e inmediata disposición". No se requiere de elemento subjetivo específico alguno, ni de mayores circunstancias sean agravantes o bien atenuantes.

Al respecto, resultan aplicables los siguientes criterios:

En lo conducente, la jurisprudencia por contradicción 1a./J. 36/2000, sustentada por la Primera Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 130, Tomo XIII, Enero de 2001, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

"**PORTACIÓN DE ARMAS DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA, DELITO DE. NO SE INTEGRA CUANDO EL ACTIVO CUENTA CON AUTORIZACIÓN PARA PORTARLAS DERIVADA DE UNA LICENCIA OFICIAL COLECTIVA.** En términos de lo dispuesto en el artículo 11, último párrafo, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, la Secretaría de la Defensa Nacional se encuentra facultada para otorgar licencias oficiales colectivas a las corporaciones policiacas para la portación de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea. Ahora bien, si un miembro de dichas corporaciones porta un arma de las reservadas a las fuerzas armadas, legitimado en razón del permiso o licencia con que cuenta en virtud de su cargo, aun estando fuera del horario de servicio o en lugares no autorizados, es inconcuso que no se integra el delito de portación de arma para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, previsto en el artículo 83 del ordenamiento legal de referencia, pues para que se integre aquél se requiere, como elemento del tipo penal, que el activo carezca de licencia. Esto es, si el precepto últimamente citado dispone que comete el referido delito quien sin el permiso correspondiente porte un arma de uso exclusivo de las fuerzas armadas, entonces, al contar con la autorización para portar el arma a su cargo, derivada de la licencia colectiva otorgada por la mencionada secretaría, no se concreta el elemento normativo descrito en el tipo penal, consistente en la ausencia del permiso respectivo y la circunstancia de que el miembro de la corporación policiaca haya infringido los términos del permiso otorgado para la portación del arma, no incide en forma alguna sobre la existencia del permiso mismo, sino que constituye una conducta ilícita que ameritaría, en su caso, una sanción de naturaleza diversa a la penal."

En lo conducente, la tesis 2a. XLIV/2001, sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 459, Tomo XIII, Mayo de 2001, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

"**PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO DE USO EXCLUSIVO DEL EJÉRCITO, ARMADA Y FUERZA AÉREA. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO POR ESE ILÍCITO TIPIFICADO EN EL ARTÍCULO 83 DE LA LEY FEDERAL DE ARMAS DE FUEGO Y EXPLOSIVOS, ES LA SEGURIDAD PÚBLICA Y NO EL DERECHO PREFERENTE DE SU USO POR LAS FUERZAS ARMADAS.** Si se toma en consideración que el bien jurídico protegido constituye la base sobre la cual se construye la hipótesis delictiva, por lo que no puede existir algún tipo penal sin la pretensión de salvaguardar un determinado bien jurídico, entendiéndose por éste todo interés vital del individuo o de la colectividad protegido por la ley penal, resulta inconcuso que en el delito previsto por el artículo 83 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, el bien jurídicamente tutelado no es el derecho de exclusividad de esas armas, sino la seguridad pública. Ello es así, porque del proceso legislativo que le dio origen, se advierte que se trata de una conducta tipificada que encuadra dentro de los llamados delitos de peligro, inspirados en medidas de política criminal para sancionar acciones que acusan temibilidad; por tanto, si con la comisión de ese ilícito se pone en riesgo la seguridad pública, ésta constituye el bien jurídico tutelado en esa hipótesis delictiva; que además, justifica el trato diferencial que se establece para regular y sancionar la portación de armas de diversos calibres. Por otro lado, la circunstancia de que el ilícito en cuestión esté contemplado en la citada ley especial y no en el capítulo relativo a los delitos que atentan en contra de la seguridad pública, contenido en el Código Penal Federal, no significa que éste no sea el bien tutelado por tal ilícito, sino que ante la necesidad de adecuar una ley federal que armonizara la garantía consagrada en el artículo 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el imperativo del Estado de controlar de manera efectiva y unitariamente todo lo relacionado con las armas de fuego, se determinó expedir dicha ley, pues al reglamentar todas las actividades relacionadas con éstas se coadyuvaría al logro de la seguridad pública, estableciendo las condiciones y los requisitos para autorizar la portación de armas, con la finalidad de garantizar la tranquilidad en el país, a efecto de evitar, en lo posible, los hechos de sangre y el pistolerismo, el mal uso de las armas y asegurar el respeto a la vida y a los derechos de los demás, así como proteger a la colectividad de la inseguridad y de los abusos de quienes ponen en peligro a la sociedad; debiendo añadir que la ley penal no está constituida exclusivamente por el código de la materia, sino también por el derecho penal especial, bajo cuya denominación se comprenden todas las conductas típicas existentes en leyes administrativas federales que contemplan, en un apartado de su contenido, el capítulo represivo en el que señalan conductas delictuosas, sancionables generalmente con penas de prisión y multa."

Finalmente, en lo conducente, la tesis 2a. LII/2003, sustentada por la Segunda Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 205, Tomo XVII, Abril de 2003, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, cuyo texto y rubro son:

"**ARMAS DE FUEGO. LA GARANTÍA ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 10 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, RESPECTO DE SU PORTACIÓN, NO ES ILIMITADA, SINO QUE ESTÁ RESTRINGIDA A LOS CASOS, CONDICIONES Y REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA LEY FEDERAL RELATIVA.** Del análisis del texto del artículo 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y del proceso legislativo del cual derivó, se advierte que la garantía de portación de armas se sujetó a las limitaciones que la paz y la tranquilidad de los habitantes del país exijan; y que su reglamentación detallada se dejó a cargo del legislador ordinario federal, quien al emitir la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, limitó la portación de armas a las distintas de las prohibidas por la propia ley, así como de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea Nacionales; determinó los casos, condiciones y lugares respecto de los cuales podrán otorgarse permisos para su portación e instituyó a las autoridades competentes para expedirlos. Por tanto, los habitantes del país, en ejercicio del derecho público subjetivo que les concede el artículo 10 constitucional, únicamente con el permiso o licencia relativa podrán portar armas, en los lugares autorizados, con excepción de las prohibidas y de las reservadas a las instituciones armadas de referencia, previo cumplimiento de los requisitos y las condiciones establecidos en la ley de la materia."

12. *Portación de arma de fuego sin licencia*

Los artículos 9º, fracción I, 24 y 81, de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, en que subyace la norma penal analizada, señalan:

"**Artículo 9.**- Pueden poseerse o portarse, en los términos y con las limitaciones establecidas por esta ley, armas de las características siguientes:

I.- Pistolas de funcionamiento semiautomático de calibre no superior al .380" (9 mm.), quedando exceptuadas las pistolas calibres .38" Super y .38" Comando, y también en calibres 9 mm. las Mausser, Luger, Parabellum y Comando, así como los modelos similares del mismo calibre de las exceptuadas, de otras marcas."

"**Artículo 24.**- Para portar armas se requiere la licencia respectiva.

Los miembros del Ejército, Armada y Fuerza Aérea quedan exceptuados de lo anterior, en los casos y condiciones que señalen las leyes y reglamentos aplicables.

Los integrantes de las instituciones policiales, federales, estatales, del Distrito Federal y municipales, así como los de servicios privados de seguridad, podrán portar armas en los casos, condiciones y requisitos que establece la presente ley y demás disposiciones legales aplicables."

"**Artículo 81.**- Se sancionará con penas de dos a siete años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa, a quien porte un arma de las comprendidas en los artículos 9 y 10 de esta Ley sin tener expedida la licencia correspondiente."

Consecuentemente, se debe acreditar:

1. La existencia de un arma de fuego que de las que, para su portación, se requiera de la licencia correspondiente.

2. El activo, la porte, esto es, la tenga dentro de su radio de acción y ámbito inmediato de disposición, sin contar con la licencia respectiva.

3. La conducta se realice en contravención a disposiciones de orden público; en especial, la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

Como elementos objetivos o externos constitutivos de la materialidad del hecho reseñado como delito, se deben acreditar: la realización por parte del activo de una conducta en forma de acción; concretamente, la de portar un arma sin contar con la licencia correspondiente expedida por autoridad competente, como lo es la Secretaría de la Defensa Nacional; es decir, el implemento bélico, sin la licencia respectiva se mantenga por el activo, bajo su radio de acción y ámbito de inmediata disposición; suceso con el cual, se vulnera el bien jurídico tutelado por la norma, consistente en la paz y seguridad pública, así como el control que el Estado guarda respecto de las armas de fuego existentes en el país. El tipo penal en estudio, no requiere propiamente de una calidad específica para los sujetos activo o pasivo, por ser el primero indiferente, y el segundo constituirse por la sociedad. El resultado es de naturaleza formal, pues sus efectos no trascienden al mundo material o fáctico. El objeto material se

constituye por el arma que resiente propiamente la acción del activo. El tipo penal no requiere de algún medio específico para la consumación del evento, ni circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión. El elemento normativo incito en la descripción típica, se constituye por el propio verbo rector del tipo penal; es decir "portación"; el cual, acordes con una interpretación jurisprudencial, se traduce en "llevar consigo el arma dentro del ámbito de acción e inmediata disposición". No se requiere de elemento subjetivo específico alguno, ni de mayores circunstancias, sean agravantes o bien atenuantes.

Al respecto, resulta aplicable la tesis de jurisprudencia XX.2o.19 P, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, visible en la página 1776, Tomo XIV, Diciembre de 2001, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

> **"PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO. SE CONFIGURA ESTE ILÍCITO Y NO EL DE POSESIÓN, SI EL SUJETO ACTIVO LA LLEVA EN LA CABINA DEL VEHÍCULO.** La Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito han sostenido criterios jurídicos en el sentido de que la portación de arma de fuego se actualiza cuando se demuestra que el agente del delito lleva consigo dentro de su esfera material **inmediata** el arma de fuego, es decir, que puede hacer uso de ella porque la tiene a su alcance, en razón de su natural **disposición**, o por el movimiento o postura del cuerpo; sin embargo, esa circunstancia no debe considerarse en forma definitiva, pues para que se surta la hipótesis del ilícito de portación de arma de fuego, no solamente se deben tomar en cuenta los casos en que el sujeto activo únicamente realiza un esfuerzo o movimiento giratorio del cuerpo para apoderarse del artefacto, sino también debe considerarse actualizada la conducta delictiva, cuando ese esfuerzo, no obstante que resultare mayor, permite que pueda hacer uso de ella, si se tiene presente que esa es la intención que lo mueve a llevarla en la parte del vehículo en que viajan los pasajeros, lo que no sucede si el arma es localizada en la cajuela, porque para usarla necesariamente tiene que descender del automóvil; por tanto, si el arma es encontrada dentro de lo que se denomina cabina, resulta evidente que el delito cometido es el de portación y no el de posesión de arma de fuego."

13. *Violación a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada*

Los artículos 2º, fracción V, 4º, fracción II, inciso b), de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, a la letra señalan:

"**Artículo 2o.**- Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

...

V.-Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter, y robo de vehículos, previsto en el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales."

"**Artículo 4o.**- Sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan, al miembro de la delincuencia organizada se le aplicarán las penas siguientes:

II.-En los demás delitos a que se refiere el artículo 2o. de esta Ley: ...

b).- A quien no tenga las funciones anteriores, de cuatro a ocho años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa."

Consecuentemente, se debe acreditar:

1. La congregación de tres o más personas, conscientes de su estancia en la agrupación, con el carácter de socios.

2. Dichas personas se rijan por reglas estrictas de organización y disciplina entre sus integrantes.

3. Su organización sea con el fin común de delinquir respecto de conductas determinadas taxativamente en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada; de manera concreta, en ilícitos relativos a la privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro.

4. Los sujetos no asuman funciones de administración, dirección o supervisión, dentro de la organización.

Como elementos objetivos o externos constitutivos de la materialidad del hecho reseñado como delito, se debe acreditar: la realización por parte del activo de una conducta en forma de acción, relativa a asociarse con otros individuos, en un número mínimo de tres y conformar una organización criminal, con el propósito específico de realizar conductas reiteradas inherentes a la privación ilegal de la libertad de las personas, en su modalidad de secuestro; ello, bajo estrictas normas de obediencia y disciplina; suceso con el cual, se vulnera necesariamente el bien jurídico tutelado por la norma, consistente precisamente en la seguridad pública y la estabilidad social, ante el latente peligro de su alteración en que se ubica a la sociedad con el potencial ejercicio de sus fines por parte de la empresa criminal. El tipo penal en estudio, no requiere de calidad específica para los sujetos, pero sí de una pluralidad de los mismos, pues en su conformación típica, se exigen al menos tres de ellos. El resultado es de naturaleza formal, pues sus efectos no trascienden al mundo fáctico o material, sino que sólo trae como consecuencia resultados jurídicos, no obstante que los ilícitos que en particular se consumen, puedan ser de naturaleza tangible. El objeto material se constituye por la sociedad, por ser ésta quien resiente propiamente la acción del activo. El tipo penal no requiere de medio específico alguno para su consumación. No se requiere circunstancia particular de lugar, tiempo, modo ni de ocasión. Como elementos normativos en la descripción típica, se encuentran "organicen" y "permanente o reiterada". En relación con el primero de los mencionados, u "organicen", su contexto resulta de una interpretación de tipo cultural, cuyo concepto, para los efectos del presente ilícito, es el establecimiento de complejas reglas de orden y disciplina, así como el desempeño de un rol específico de funciones dentro de la propia asociación. Respecto del segundo de los elementos normativos en cita o "permanente o reiterada", dimana igualmente de una valoración de tipo cultural, cuyo contexto para los efectos del presente ilícito, se entiende como el propósito de la organización respecto de su permanencia y estabilidad en el tiempo, en el desempeño de su empresa criminal. Como elemento subjetivo específico se requiere precisamente que la congregación de los sujetos sea con el propósito final de delinquir reiteradamente, en relación con alguno de los ilícitos que de manera taxativa reseña la propia Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada; en el caso concreto, la privación ilegal de la libertad en la modalidad de secuestro.

Lo anterior, encuentra apoyo en los siguientes criterios:

La tesis P. XXXII/2002, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 10, Tomo XVI, Julio de 2002, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

"**DELINCUENCIA ORGANIZADA. LOS ARTÍCULOS 2o., FRACCIÓN I, Y 4o., FRACCIÓN I, INCISO A), DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO TIPIFICAN LOS MISMOS HECHOS O CONDUCTAS ILÍCITAS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 194, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL Y, POR TANTO, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** El solo acuerdo de organización o la organización misma que, como establece el artículo 2o., fracción I, de la ley de la delincuencia organizada, tenga como fin cometer alguno de los delitos contra la salud, es suficiente

para imponer las penas previstas en el artículo 4o. de la propia ley, con independencia de la comisión y sanción de estos últimos, implicando la autonomía del tipo, respecto del artículo 194, fracción III, del Código Penal Federal. En efecto, del artículo relativo al delito contra la salud en la modalidad de colaborar «de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere este capítulo (capítulo I 'De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos', comprendido en el título séptimo 'Delitos contra la salud')», del Código Penal Federal, se advierte que la descripción del tipo penal es la siguiente: Que el sujeto activo preste colaboración a otras personas en el financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere el capítulo I, título séptimo, del Código Penal Federal, en la inteligencia de que esa colaboración implica su intervención en inversiones o cuestiones financieras que capten los recursos procedentes del narcotráfico, y que después vuelvan a reinvertirse como recursos económicos en el financiamiento de esas conductas ilícitas, o bien supervisando o fomentando para posibilitar la ejecución de estas últimas. Por su parte, los elementos del tipo de delincuencia organizada son: 1) El acuerdo de tres o más personas para organizarse o que se organicen; 2) Que el acuerdo para organizarse o la organización sea en forma permanente o reiterada; y, 3) Que el acuerdo o la organización tenga como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que señala el mencionado artículo 2o., esto es, los tipos de ambas figuras delictivas «delincuencia organizada» y «delito contra la salud» en la modalidad mencionada son diferentes: primero, porque mientras aquél contempla dentro de sus elementos integrantes el acuerdo para organizarse o la organización, por sí solos, para cometer reiterada o permanentemente alguno de los delitos señalados en esa ley federal, con independencia de que se actualice la comisión de alguno de esos ilícitos, el segundo alude a la conducta consistente en prestar colaboración a otras personas, en el financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere el capítulo aludido; en segundo lugar, el numeral 2o. requiere de pluralidad de sujetos activos del delito, es decir, concurrencia de voluntades, requisito no exigido en el artículo 194, pues conforme a éste el activo del delito contra la salud puede ser una sola persona. Lo expuesto revela que los artículos analizados contemplan figuras delictivas diferentes; de ahí, que el auto de formal prisión con el cual inicia la prosecución del proceso a la peticionaria de garantías no se sigue por dos delitos que sancionan la misma conducta sino que se está en presencia de un concurso real de delitos, como lo establece el artículo 18 del Código Penal Federal y no infringen el artículo 23 de la Constitución Federal."

La tesis P. XXVI/2002, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 6, Tomo XVI, Julio de 2002, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

> "**DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL ARTÍCULO 2o., PÁRRAFO PRIMERO, DE LA LEY DE LA MATERIA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 6o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** El precepto constitucional citado garantiza a todo individuo que se encuentre en territorio nacional la facultad de expresar libremente su pensamiento, ya sea en forma escrita o verbal, con las únicas limitaciones de que no ataque a la moral o los derechos de terceros, que no provoque algún delito o perturbe el orden público. En congruencia con lo anterior, se concluye que el numeral 2o., párrafo primero, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada no viola la mencionada garantía constitucional, pues no coarta el derecho de los gobernados de expresar libremente sus ideas, en virtud de que lo que sanciona no es la expresión del pensamiento en sí mismo, sino el acuerdo de constitución de una organización criminal, cuya finalidad principal es cometer cierto tipo de delitos, lo que indudablemente va en perjuicio de la sociedad y del interés público, razón por la cual la represión de esa manifestación se ubica entre las limitaciones que el referido artículo 6o. constitucional impone a la libertad de expresión. Esto es, el mencionado artículo 2o., párrafo primero, es acorde con los principios que derivan de la garantía constitucional señalada, pues no sanciona el hecho o acto de pensar, sino el acto a través del cual se materializa ese pensamiento que se traduce en el acuerdo de tres o más personas para organizarse o la organización en sí para cometer los delitos a que el propio artículo 2o. se refiere, en forma permanente o reiterada."

La tesis P. XXV/2002, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 8, Tomo XVI, Julio de 2002, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

> "**DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 2o., Y SANCIONADO EN EL ARTÍCULO 4o., AMBOS DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA MISMA, ES AUTÓNOMO Y NO UNA AGRAVANTE.** Del texto de los artículos 1o., 2o., párrafo primero, y 4o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en relación con su exposición de motivos, se advierte que el solo acuerdo de la organización o la organización misma, que tenga como fin cometer algunos de los delitos precisados en el

numeral 2o. citado, es suficiente para imponer las penas previstas en el artículo 4o. de la ley referida, con independencia de la sanción que le corresponda al ilícito o ilícitos cometidos. Acorde con lo anterior, debe decirse que el ilícito de mérito no es una agravante de los diversos previstos en las fracciones del citado artículo 2o. de la ley en cuestión, toda vez que las circunstancias señaladas denotan la autonomía del ilícito de delincuencia organizada, porque le dan vida propia, esto es, para su consumación no requiere de la realización de otra conducta tipificada como delito."

La tesis 2a. XLIX/2001, sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 446, Tomo XIII, Mayo de 2001, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

"**DELINCUENCIA ORGANIZADA. LOS ARTÍCULOS 2o. Y 4o. DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA MISMA NO VIOLAN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.** El solo acuerdo de organización o la organización misma, que tenga como fin cometer alguno de los delitos precisados en el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada es suficiente para imponer las penas previstas en el artículo 4o. de la propia ley, con independencia de la comisión y la sanción de ellos; lo que implica la autonomía del tipo. Asimismo, de la exposición de motivos de la iniciativa correspondiente, se advierte que se tomó en cuenta la necesidad de prever una ley especial que regulara la conducta consistente en la organización de tres o más personas encaminadas a cometer alguno de los delitos ahí señalados, pues se estimó que no obstante que se hacía mención a la «delincuencia organizada» en la legislación penal, la regulación era aún insuficiente; consecuentemente, al preverse la delincuencia organizada se establece un delito autónomo y no una agravante. Ahora bien, no obstante que tanto los preceptos aludidos como los artículos 83 bis y 83 quat de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos contemplan como bien jurídico protegido la seguridad pública o nacional, sin embargo éstos no tipifican los mismos hechos o conductas ilícitas. En efecto, de los artículos relativos al acopio de armas de fuego y explosivos, se advierte que los elementos del tipo son: a) La posesión de más de cinco armas de fuego; b) Que las armas sean de uso reservado al Ejército, Armada y Fuerza Aérea; c) Que la posesión sea sin el permiso correspondiente; y, d) La posesión de cartuchos en cantidades mayores a las permitidas. Por su parte, los elementos del tipo de delincuencia organizada son: 1) El acuerdo de tres o más personas para organizarse o que se organicen; 2) Que el acuerdo para organizarse o la organización sea en forma permanente o reiterada; y, 3) Que el acuerdo o la organización tenga como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que señala el mencionado artículo 2o. Esto es, los elementos que integran el tipo de cada figura delictiva: «delincuencia organizada», «acopio de armas de fuego y explosivos» y «posesión de cartuchos» son totalmente diferentes, pues mientras el primero contempla dentro de sus elementos integrantes el acuerdo para organizarse o la organización, por sí solos, para cometer reiterada o permanentemente alguno de los delitos ahí señalados, con independencia de que se actualice la comisión de alguno de los delitos enlistados en el citado artículo 2o., el solo acuerdo de organización o la organización en sí constituye una figura delictiva, el segundo y el tercero aluden, respectivamente, a la reunión de armas de fuego reservadas al Ejército, Armada y Fuerza Aérea sin el permiso correspondiente y a la posesión de cartuchos en cantidades mayores a las permitidas. Luego, los tipos penales de mérito contemplan figuras delictivas diferentes; de ahí que el auto de formal prisión con el cual inicia la prosecución del proceso en la hipótesis de que se trata no se sigue por dos tipos diferentes que sancionan la misma conducta, pues los elementos que los constituyen son diversos y, por ende, se sancionan conductas distintas. Por consiguiente los artículos 2o. y 4o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada no tipifican las mismas conductas que contemplan los artículos 83 bis y 83 quat de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y, por tanto, no transgreden el artículo 23 de la Constitución Federal."

La jurisprudencia II.1o.P. J/7, sustentada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, visible en la página 1485, Tomo XVII, Marzo de 2003, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

"**DELINCUENCIA ORGANIZADA. CONFIGURACIÓN DEL DELITO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).** El delito de delincuencia organizada (antes asociación delictuosa) previsto por el artículo 178 del Código Penal del Estado de México, tiene como elementos los siguientes: a) Que una persona tenga participación en una agrupación o banda organizada; b) Que la finalidad de ésta sea cometer delitos; y c) Que con lo anterior afecte bienes jurídicos de las personas o de la colectividad; en tal virtud, cuando no existe elemento probatorio alguno que indique que la agrupación o banda estaba organizada, es decir, que tuviera un carácter más o menos permanente, con un régimen establecido y el fin de ejecutar diversos hechos delictuosos, por no advertirse la repetida actuación de sus integrantes en la ejecución de delitos indetermina-

dos, es claro que no basta la participación conjunta de personas en la comisión de un delito para estimar que se actualizaría el ilícito en comento, toda vez que de ser así se confundiría el delito con la coautoría."

14. *Violación a la Suspensión*

El artículo 206 de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a la letra señala:

> "**Artículo 206.** La autoridad responsable que no obedezca un auto de suspensión debidamente notificado, será sancionada en los términos que señala el Código Penal aplicable en materia federal para el delito de abuso de autoridad, por cuanto a la desobediencia cometida; independientemente de cualquier otro delito en que incurra."

Consecuentemente, como elementos descriptivos de la norma penal, se debe acreditar:

1. Precisión del acto reclamado y la orden de su suspensión decretada dentro de determinado juicio de garantías.
2. La notificación de la resolución que resolvió sobre la suspensión del acto reclamado, hecha en los términos que para tales efectos se establecen en la Ley de Amparo.
3. Desobediencia a la orden de suspensión.
4. Identidad entre la persona señalada como autoridad responsable, con aquella que desacata la orden.

Como elementos objetivos o externos constitutivos de la materialidad del hecho reseñado como delito, se debe acreditar: la realización por parte del activo de una conducta que puede ser de acción u omisión, siempre que sea capaz de traducirse en una desobediencia a una orden de suspensión del acto reclamado, de la que se encuentra debidamente notificado. Sin que se admita la forma de comisión por omisión, pues la calidad de garante sólo opera exclusivamente en relación con los delitos de resultado material (no formal, como lo es en el caso concreto), según se desprende del contenido del párrafo segundo del artículo 7º, del Código Penal Federal. El bien jurídico tutelado por la norma penal especial, consistente en el interés público que priva en las resoluciones relativas a este tipo de medidas cautelares, a efecto de evitar la consumación del acto reclamado y con ello, que se pierda la materia del juicio principal, ante la imposibilidad, en este caso, de restituir al quejoso en el goce de sus garan-

tías violadas. El tipo penal en estudio requiere como calidad especial para el sujeto activo, que se trate de una autoridad, pero no en sentido lato, sino en los términos del artículo 11 de la Ley de Amparo. El resultado es de naturaleza formal, pues sus efectos no trascienden al mundo fáctico o material, sino que sólo trae aparejadas consecuencias jurídicas; ello, no obstante que la desobediencia a la suspensión pueda traducirse en aspectos tangibles. El objeto material se constituye por los efectos de la suspensión concedida, que al ser desacatados, resiente propiamente la acción del activo. El tipo penal no requiere de medio específico alguno para su consumación, por ser indiferente. Tampoco se requieren circunstancias particulares de lugar, tiempo o modo, pero sí de ocasión, consistente en que la acción u omisión se realice con motivo de la suspensión del acto reclamado, trátese de provisional o definitiva, en los términos que establece la propia Ley de Amparo. Como elementos normativos en la descripción típica, se encuentran "autoridad responsable"; "suspensión"; y, "debidamente notificado". En relación con el primero, su contexto deriva de una valoración jurídica, al tenor del contenido del artículo 11 de la Ley de Amparo, en el que se establece que "autoridad responsable" es aquella que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado. Respecto del segundo elemento normativo o "suspensión", se encierra igualmente un contexto que deriva de una valoración jurídica, al tenor del contenido de los artículos que se contienen en el Capítulo III, del Título Segundo, y del Capítulo III, del Título Tercero, de la Ley de Amparo, relativos precisamente a la suspensión del acto reclamado, de los que esencialmente se desprende que se trata de una medida cautelar tendiente a evitar que se consume el acto reclamado en tanto se resuelve el juicio de amparo en lo principal. En cuanto a la expresión semántica "debidamente notificado", le corresponde igualmente un contexto que deriva de una valoración jurídica al tenor de los artículos 27, 28, fracción I, 29, fracción I y 33, todos de la Ley reglamentaria de los artículos 103 y 107, de la Constitución Federal, de los que esencialmente se desprende que "notificación" es el acto procesal por medio del cual se pone en conocimiento, en la especie de las autoridades responsables, respecto de las resoluciones y providencias que se toman durante la sustanciación del juicio de garantías; mientras que el vocablo "debidamente", implica que la notificación debe ser practicada en los términos que derivan de los numerales invocados. Admite la forma de comisión dolosa o culposa, pero respecto de esta última, ninguna relevancia penal representaría al no ser objeto de sanción, toda vez que ese supuesto no queda inmerso en el sistema

de números clausus que se contiene en el párrafo segundo del artículo 60 del Código Penal Federal. En cuanto a las formas de autoría y participación, admite, respecto de la primera, al autor intelectual, material, coautoría, autoría mediata e instigación, que de manera respectiva se describen en las fracciones I, II, III, IV y V, del Código Penal Federal; en relación con la participación, admite la complicidad y cabe la posibilidad del encubrimiento, que respectivamente se señalan en las fracciones VI y VII, del mismo ordenamiento legal. No se requiere de elemento subjetivo específico alguno, ni mayores circunstancias atenuantes o agravantes.

No se soslaya en modo alguno que para los efectos de la sanción, el dispositivo legal que contiene el delito de violación a la suspensión, se remite al artículo 215 del Código Penal Federal; circunstancia que ha dado lugar a diversos debates, hacia lo particular, sobre su apego o no al principio de exacta aplicación de la ley penal que se consagra en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional; o bien, en lo general, a la discusión en el campo teórico, en relación a si la sanción forma parte del delito, entendido éste como una conducta típica, antijurídica y culpable, o sólo se trata de una consecuencia del mismo; respecto del primero, es claro que la norma penal se integra con un tipo y una consecuencia, que es la pena (ésta es mi opinión respecto al segundo de los tópicos); además, que las sanciones se rigen por los principios de legalidad y certeza jurídica, conforme a los cuales, toda persona inculpada de la comisión de un delito, debe conocer con precisión la posible consecuencia de su proceder, en consecuencia, estimo que la remisión que hace la ley especial a una norma general, no sería violatoria de garantías si estableciera cuál de las dos sanciones previstas en esta última, es la aplicable.

A lo anterior, se vierten los siguientes criterios judiciales:

La jurisprudencia por contradicción de tesis 1a./J. 46/97, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 217, Tomo VI, Diciembre de 1997, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

> **"APLICACIÓN EXACTA DE LA LEY PENAL, GARANTÍA DE LA, EN RELACIÓN AL DELITO DE VIOLACIÓN A LA SUSPENSIÓN.** *El artículo 206 de la Ley de Amparo, al establecer el tipo del delito de desobediencia al auto de suspensión debidamente notificado y hacer la remisión, para efectos de sanción, al de abuso de autoridad previsto por el artículo 215 del Código Penal Federal, no es violatorio de la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, ya que los principios nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege, en que descansa dicha garantía, se refieren a que un hecho que no esté tipificado en la ley como delito, no puede conducir a la imposición de una pena, porque a todo hecho relacionado en la ley como delito debe preverse expresamente la pena que le corresponda, en caso de su comisión. Tales principios son respetados en los preceptos mencionados, al describir, el primero de ellos, el tipo penal respectivo, y el segundo, en los párrafos penúltimo y último, la sanción que ha de aplicarse a quien realice la conducta tipificada. Así, la imposición por analogía de una pena, que implica también por analogía la aplicación de una norma que contiene una determinada sanción, a un caso que no está expresamente castigado por ésta, que es lo que proscribe el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, no se surte en las normas impugnadas."*

La tesis sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 154, Tomo CV, del Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época; cuyo texto y rubro son:

> **"SUSPENSIÓN, DESOBEDIENCIA DELICTUOSA A LA.** *El tipo penal creado por el legislador en el artículo 206 de la Ley de Amparo, contiene los siguientes elementos: el hecho material de la notificación que se haga de una interlocutoria sobre suspensión, y la desobediencia de la misma, que comprende en el segundo apartado un delito de resultado. Por lo mismo, separando conceptualmente la primera forma prevista en el precepto aludido, de la segunda, debe decirse que subsumidos yacen los requisitos, de la precisión del acto reclamado y la identidad de la persona señalada como autoridad responsable, con aquella que comete el desacato. La ley, al configurar el delito de que se trata, tiene en cuenta exclusivamente el hecho material de la notificación realizada en los términos del artículo 33 de la Ley de Amparo o en los previstos por los diversos 31 y 34, fracción I, de la ley en consulta; de tal manera que es un delito de los que la doctrina llama por «especial aceptación», y la culpabilidad se finca en el deber de conocer aunque no se conozca, si bien puede darse cumplido el deber de conocer e incumplido el deber de acatar. En consecuencia, si se demuestra la notificación legalmente hecha a la responsable, y el acatamiento de la interlocutoria de suspensión, con resultados materiales o sin ellos, la culpabilidad queda prendida aunque subsiga a ese hecho material la omisión simple, pudiendo ser por olvido; la comisión por omisión; la acción culposa y la acción dolosa. De lo anterior se desprende que no es menester, para quedar incurso en el delito materia de la secuela, el dolo, y que la pretendida ausencia del mismo por parte del Juez encausado, no es bastante para decir que no se comprobaron los elementos requeridos por la norma. De la misma manera, ya que el delito admite ser formal como de resultado, es indiferente para la consumación el que la responsable,*

posteriormente al desobedecimiento, evite se continúe ejecutando el acto reclamado suspendido. Para los efectos de la configuración del delito que se imputa a la autoridad recurrente, tal notificación no se debe entender como existente, obligatoria, porque sólo se puede desobedecer lo que se conoce como deber jurídico; porque la culpabilidad no encuéntrase subordinada al actuar u omitir doloso o culposo de un tercero, sino en mérito de la propia actuación omitida o ejecutada que contraría las normas jurídicas; y cuando la ley excepcionalmente arrastra la culpabilidad de una persona por actos de tercero, siempre tiene en consideración un proceder antijurídico que fue el preludio del delito excedente, como en la hipótesis del artículo 14 de la ley penal federal. Por consiguientes, ante la ausencia de pruebas que demuestren de modo fehaciente el conocimiento que tenía la autoridad recurrente, de la notificación hecha sobre la suspensión del acto reclamado, independiente del contenido de la interlocutoria, no existe el delito. En otros términos, el conocimiento de las circunstancias de hecho, en esta figura criminosa especialísima, sólo se refiere al conocimiento de la notificación, mas no al conocimiento del contenido de lo que se notifica. Y faltando la prueba sobre el conocimiento de la notificación, su deber especial no lo infringió."

La tesis sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 767, Tomo LXXXVII, del Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época; cuyo texto y rubro son:

"SUSPENSIÓN, DELITO DE DESOBEDIENCIA DE LA. *El artículo 206 de la Ley de Amparo, es explícito y terminante, y prohibe a la autoridad responsable que actúe en alguna forma después de que se ha notificado debidamente un auto de suspensión dictado por la autoridad federal, e independientemente de que cuando la autoridad responsable es omisa o se excede en el cumplimiento de una resolución incidental dictada en un juicio de amparo, se concede al quejoso el recurso de queja, la propia Ley de Amparo establece una sanción especial para la autoridad responsable que no obedezca dicha resolución incidental; y no es requisito indispensable para que se configure la infracción, que se agoten todos y cada uno de los medios de apremio que establece la ley, en el caso de que se trate de desobediencia de un particular con relación a una orden de autoridad, ya que la Ley de Amparo consigna un caso especial, que únicamente se refiere a las autoridades señaladas como responsables."*

Es necesario precisar que las dos tesis anteriores corresponden a la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación; por ende, sólo se utilizan como criterios orientadores en relación a aquéllos elementos que no han sido objeto de modificación posterior por

parte del legislador, como pudiera ser el caso de los delitos de comisión por omisión, que fueron incorporados a la legislación mediante decreto que reformó el artículo 7º del Código Penal Federal, con vigencia a partir del primero de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

Asimismo, son aplicables la tesis XXVII.3 P, sustentada por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, visible en la página 1376, Tomo XV, Abril de 2002, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

"VIOLACIÓN A LA SUSPENSIÓN, DELITO DE. PARA QUE SE CONFIGURE EL ILÍCITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 206 DE LA LEY DE AMPARO, NO SÓLO SE REQUIERE QUE EL AUTO DONDE SE CONCEDIÓ LA SUSPENSIÓN AL QUEJOSO HAYA SIDO NOTIFICADO A LA AUTORIDAD RESPONSABLE, SINO QUE ES MENESTER QUE TAL NOTIFICACIÓN ESTÉ REALIZADA DEBIDAMENTE. *La conducta ilícita prevista en el artículo 206 de la Ley de Amparo, no sólo exige que el auto donde se concedió la suspensión al quejoso haya sido notificado a la autoridad responsable, sino que el legislador le añadió el vocablo «debidamente». Lo anterior significa que al hacerse el estudio de la configuración de la hipótesis delictiva, y en especial del elemento integrador de referencia, se deberá analizar si la notificación a la autoridad responsable fue debidamente realizada, por lo que necesariamente habrá de recurrirse a las reglas de notificación de los juicios de garantías, en el caso del conocimiento de los Juzgados de Distrito, previstas en el artículo 28 de la Ley de Amparo, y del conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o de los Tribunales Colegiados de Circuito, en el artículo 29 del propio ordenamiento legal."*

La tesis IV.2o.P.9 P, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito, visible en la página 1729, Tomo XVIII, Agosto de 2003, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; cuyo texto y rubro son:

"DELITO DE VIOLACIÓN A LA SUSPENSIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 206 DE LA LEY DE AMPARO. CASO EN QUE NO SE CONFIGURA. *Si el acusado ostenta el cargo de secretario general de Acuerdos de un Tribunal de Arbitraje, es claro que su función se circunscribe a ser fedatario de las actuaciones del tribunal, las que autoriza con su firma; por lo que si el delito de que se trata requiere para su configuración de la existencia de una autoridad responsable, es claro que dicho secretario no tiene ese carácter, por carecer de facultades para dictar, ordenar, ejecutar o tratar de ejecutar el acto reclamado, de conformidad con lo ordenado por el artículo 11 de la Ley de Amparo."*

III. Tipos de imperfecta realización: actos preparatorios punibles y tentativa

La consumación consiste en la realización de todos los elementos comprendidos en la figura del delito, que se plasma en la coincidencia total entre los hechos y el tipo delictivo. En lo material, supone la efectiva lesión del bien jurídico o su puesta en peligro, según sea la clase de infracción.

Por su consumación, los delitos son:[237]

I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

A este respecto, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado en los términos siguientes:

> "**ACUMULACIÓN REAL Y DELITO CONTINUADO. DIFERENCIAS.** La acumulación real de delitos, también llamada concurso material, supone en el mismo agente una pluralidad o reiteración de acciones, con pluralidad de resultados delictivos; mientras que un delito es continuado, cuando el mismo agente persiste en una actividad o reitera diversas acciones con unidad de intención, ocasión y ejecución, que en su conjunto concurren a integrar un solo resultado delictivo."

No obstante, la expresión delito consumado no significa que se hayan cumplido todos los elementos que componen jurídicamente el delito, sino únicamente que se ha cumplido el tipo legal de delito. Por consiguiente, nada significa respecto a la afirmación definitiva de la antijuridicidad, de la llamada culpabilidad, o, incluso, si las hubiera, de las condiciones objetivas de punibilidad. Todo ello pertenece a momentos posteriores del enjuiciamiento del hecho.

1. *Consumación formal y material*

La característica fundamental que distingue a la consumación formal de la consumación material, es el agotamiento o terminación del delito, en la que el autor no solo realiza todos los elementos típicos,

[237] Artículo 7º del Código Penal Federal.

sino que, además, consigue satisfacer la intención que perseguía, tal y como lo sustentó en su momento la Suprema Corte de Justicia con la tesis 61, emitida por la Primera Sala, séptima época, tomo II, parte SCJN, publicada en el apéndice de 1995, visible en la página 34, la cual expresa lo siguiente:

> "**BRACEROS. INEXISTENCIA DE LA TENTATIVA EN EL DELITO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 118 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN.** En el delito tipificado en el artículo 118 de la Ley General de Población, no funciona la norma amplificadora de la tentativa, porque el propio tipo penal aludido sanciona ya, como conducta ilícita consumada, el simple hecho de «pretender» llevar a alguien a trabajar ilegalmente a territorio extranjero, creándose así un tipo de «resultado cortado» o «anticipado», por ser innecesaria la obtención de la finalidad propuesta por el agente".

En la medida en que esta consumación material está más allá de las previsiones típicas carece de relevancia jurídico-penal. Sin embargo, algunas veces el legislador hace coincidir la consumación formal y material o tiene en cuenta el propósito posterior a la consumación formal como elemento subjetivo del injusto. La consumación material o terminación del delito puede tener también importancia a efectos de prescripción, de participación, encubrimiento y concurso.

A diferencia de lo que sucede con la tentativa y con los actos preparatorios, la ley penal no considera preciso ofrecer una definición de lo que es la consumación, pues todas las descripciones del Libro Segundo son de delitos consumados.[238] Pero la obviedad aparente de sancionar la consumación no debe conducir a despreciar la complejidad que encierra la precisión de ese momento máximo de la ejecución de las infracciones, por lo que el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, hace expresa diferenciación entre estas dos modalidades con el criterio siguiente:

> "**TENTATIVA Y DELITO CONSUMADO. DIFERENCIAS.** Resulta incorrecto afirmar que se reclasificó el delito de violación equiparada, al haber considerado la Sala señalada como autoridad responsa-

[238] Tradicionalmente se incluyen las figuras aquí examinadas en un apartado posterior al completo desarrollo sistemático del delito consumado, a menudo bajo la rúbrica de "formas de aparición del delito". Pero también es lícito considerar estos temas entre las clases de tipos. En realidad se trata no sólo de la imperfecta realización de un tipo, sino también de que la misma realiza a su vez otros tipos legales. Se trata en todo caso, de evitar la impresión de que la consumación, la tentativa y los actos preparatorios punibles constituyen sólo formas de aparición del delito; importa mencionar que suponen tipos distintos, aunque relacionados.

ble que dicho ilícito se cometió en grado de tentativa, cuando en primera instancia el juez de la causa lo estimó consumado, toda vez que ello no cambia el tipo penal, sino el grado de responsabilidad del sujeto activo, porque la tentativa no es una entidad delictiva autónoma, sólo es una de las fases externas de la ejecución del delito".

Sin embargo, no puede ser fijada con una regla única la consumación de un delito, pues depende de la estructura de cada tipo:

1. En los **delitos instantáneos** la consumación se alcanza en cuanto el acto da lugar al resultado previsto.
2. En los **delitos permanentes** (por ejemplo, privación ilegal de la libertad y otras garantías, previsto en el artículo 364 del Código Penal Federal), el resultado se alcanza al ofenderse el bien jurídico (la víctima fue privada de su libertad), pero el estadio consumativo se prolonga en el tiempo mientras que dure la situación de ofensa al bien jurídico.
3. En los **delitos de hábito**, como quiera que no vienen constituidos por una sola acción sino por una reiteración de acciones que permitan al Tribunal afirmar que las mismas forman parte del modo de vida del autor, el momento de la consumación depende de una valoración jurídica que realiza el juez.
4. En los **delitos continuados** (una figura construida a efectos de determinación de la pena), las consumaciones parciales se resuelven en una consumación final, que se alcanza cuando el autor realiza el último de los delitos del conjunto.

El momento de la consumación tiene trascendencia para distintas cuestiones, en especial para la fijación del tiempo y el lugar de comisión del delito y, en su virtud, para el cómputo de la prescripción. Además de ello, en algunos, casos por ejemplo, en los delitos permanentes, la prolongación de la consumación permite que se incorporen nuevos partícipes, que lo serán del delito, aunque no hayan tenido intervención en su primer desarrollo.

2. *Tentativa y frustración*

Los tipos de delito que el Código Penal Federal enumera (Libro Segundo) ofrecen la descripción del delito consumado de autor.[239]

[239] El Código Penal de 1931 contemplaba la regulación de la tentativa punible, en el artículo 12, bajo la expresión: "... cuando se ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito...", que responde a los criterios

Por ello, si no hubiera reglas generales de extensión de la incriminación no podrían castigarse ni las formas imperfectas ni a los partícipes en el delito de otro. De ahí, la pregunta ¿existe alguna razón que justifique la imposición de una pena al autor de una tentativa?

En el Derecho Penal mexicano se sigue el sistema de incriminación general de la tentativa[240] lo cual en teoría supone que ésta es punible en relación con cualquier clase de delito. Ciertamente es así,

de la "univocidad", "dirección" e "inmediatez", de los actos, utilizados por dicha formula legal de la tentativa. La insuficiencia de estos criterios llevó a que los mismos fueran sustituidos en la interpretación de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para interpretar la ley, en forma similar a la generalidad de otras legislaciones del mundo que reglamentan el instituto de la tentativa, de acuerdo al principio del "comienzo de la ejecución"de la conducta típica, si bien complementando el "criterio objetivo" con la expresión "resolución de cometer el delito", que evidentemente pone el acento en el carácter doloso, subjetivo, de la conducta injusta típica de la tentativa y facilita, por esta vía, el permitir una concepción de la conducta final que permite su clara interpretación por vía de la "teoría objetiva individual" conforme al plan del autor.

[240] *Cfr.* MALO CAMACHO, Gustavo, Tentativa del delito. Con referencias de Derecho comparado, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971, pp. 43-49; refiere la influencia en la formación del concepto de tentativa de delito en la ley mexicana, del Código Español de 1822, en el artículo 5º del Título Primero, Libro Primero, que al referirse a la tentativa se había manifestado partidario de la bipartición clásica, en tanto que expresaba: "*la tentativa de un delito es la que dé principio a la ejecución del delito o lo prepare*". Y el artículo tercero del título I, Libro Primero del Código Español de 1870, expresó a su vez un texto que se asemeja estrechamente al del ordenamiento por él abrogado cuando refiere: "*Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito por causas o accidentes que no sean su propio y voluntario desistimiento*". El Código Martínez de Castro de 1871 distinguió en el desarrollo del *iter criminis* 4 grados sujetos a pena (artículo 18): I. El conato; II. El delito intentado; III. El delito frustrado; IV. El delito consumado. Sin embargo, este Código aun cuando intentó evitar el principio expreso del inicio de ejecución, no logró dejar de utilizar el concepto de la bipartición clásica de los actos que se observa a la base de su texto, no obstante lo cual intentó variar el sistema para la delimitación de la tentativa punible bajo un criterio de dirección y tiempo. El Código Almaraz de 1929, en el Libro Primero, Título I, Capítulo II, artículo 20, expresó: "En los delitos intencionales se distinguen: I. El delito consumado, y II. La tentativa de delito." El artículo siguiente expresó: *Hay tentativa punible: cuando el agente inicia exteriormente, la ejecución del hecho delictuoso directamente por actos idóneos y no practica todos los esenciales de ejecución que debieren producir el delito, por causa o condición que no sean su propio y espontáneo desistimiento.* Posteriormente el Código Penal vigente de 1931, en el Libro I, Título Primero, Capítulo II, artículo 12, se refiere a la tentativa expresando: "La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e indirectamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". En el mismo sentido CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Derecho penal mexicano..., pp. 473 y ss.; GARCÍA GARCÍA, Rodolfo. Tratado sobre la tentativa. La tentativa de delito imposible, Porrúa, México. 2001, pp. 18 y ss.; PALACIOS VARGAS, Ramón. La

pues la estructura de muchos delitos (todos los que son de resultado material) impide la apreciación del estado de ejecución imperfecta.

Por lo que respecta al Código Penal Federal, desaparece la distinción entre tentativa y delito frustrado, desprendiéndose, claramente de la definición del artículo 12, párrafo primero:

> "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

Cabe señalar que este artículo fue reformado por primera vez mediante Decreto del 29 de diciembre de 1984, publicado el 14 de enero de 1985, en el Diario Oficial de la Federación.[241] Como consecuencia de ello, se establece como elementos de su integración, la voluntad de realizar el tipo subjetivo, el dar inicio inmediato a la realización del tipo objetivo, así como la inconsumación del resultado típico por cuestiones ajenas a la voluntad del agente. Es de comprenderse que estos elementos por sí mismos no pueden explicarse de manera autónoma, sino, que habrán de ser referidos para su comprensión al tipo de una determinada forma de delito establecida en la parte especial,[242] esto es, no existe la tentativa como delito, sino el delito tentado, tal y como lo sostiene la tesis del Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, Octava Época, tomo: VII, Enero de 1991, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, visible en la página 498, con la rúbrica y texto siguiente:

> "**TENTATIVA, PARA QUE SEA PUNIBLE REQUIERE LA EJECUCION DE LA CONDUCTA QUE DEBERIA PRODUCIR EL DELITO**. La sola pretensión de comprar droga, no puede, por sí sola

tentativa, Cárdenas editor y distribuidor, México. 1979, pp. 143-153, 195-211, 259-272; PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Derecho penal mexicano..., pp. 501 y ss.; el mismo autor Breve ensayo sobre la tentativa, Porrúa, México. 1989, pp. 25 y ss., y 171 y ss.

[241] En 1983 fue reformado el artículo, en el sentido que había señalado la jurisprudencia (en el Código Penal de 1931), sustituyendo el criterio de la univocidad mencionada, por el del principio del comienzo de la ejecución.

Posteriormente, el referido artículo 12 fue nuevamente reformado para quedar como sigue:

"Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente."

[242] En este sentido se pronuncia DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Código Penal para el Distrito Federal comentado..., p. 38.

> ubicarse dentro de la figura típica de la tentativa, por ser un acto preparatorio de carácter ambiguo que como tal, no es posible su determinación en relación precisa con el delito que se va cometer. Por ende, no puede concluirse que con ese proceder, se hubiese ejecutado la conducta que debería producir el delito y que éste no llegare a consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente, que es como quedó tipificada la tentativa en el artículo 12 del Código Penal Federal, después de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación, de catorce de enero de mil novecientos ochenta y cinco".

Por ello, para que exista tentativa punible es necesario que concurran una serie de elementos:

a) **El dolo, debe concurrir para que podamos hablar de tentativa.** Los grados de ejecución del delito se refieren exclusivamente a los delitos dolosos, ya que sólo en ellos el sujeto persigue la producción del resultado. Eso sí, el delito tentado se podrá dar incluso cuando el sujeto actúe simplemente con dolo eventual.[243]
b) **Un principio de ejecución**, exigido expresamente en el artículo 12 del Código Penal Federal. El sujeto debe haber dado comienzo a la ejecución y rebasado por tanto la esfera de los actos preparatorios. Se plantea pues un problema fundamental: la distinción entre actos ejecutivos y actos preparatorios. Las consecuencias de la solución que adoptemos son de gran importancia, no olvidemos que los actos preparatorios en nuestro ordenamiento son en general impunes, mientras que para los actos ejecutivos se prevé siempre una pena.
c) **Que no se produzca el resultado por causas ajenas a la voluntad del sujeto**; éste es el último requisito que se precisa para que se dé el concepto de tentativa. Para sancionar a una persona por tentativa es necesario que no haya desistido voluntariamente, tal y como establece el artículo 12 del Código Penal Federal.

Para el tipo subjetivo de la tentativa, la distinción entre decisión del hecho y dolo significa lo siguiente: en la decisión se alcanza primero un determinado estadio en el proceso de motivación, que la ejecución de los actos resueltos presupone. Este estadio es todavía

[243] Donde no cabría tentativa es en los delitos culposos; se podrán dar únicamente conductas de esa naturaleza sin resultado. Este tipo de conductas son generalmente impunes.

penalmente irrelevante: *cogitationis poenam nemo patitur*. Sólo cuando el autor comienza a realizar su plan delictivo y entra en la fase de ponerse inmediatamente a realizar el hecho, está dado un suceso psíquico penalmente relevante. Este suceso se desarrolla paso a paso con los actos de ejecución, y recién en el momento de concreción de la tentativa alcanza el estadio del tipo subjetivo completo (dolo de hecho completo). El tipo subjetivo no es, por consecuencia, un acontecimiento estático, sino un proceso psíquico que se realiza en pasos iguales con los actos de ejecución.[244]

Por su parte, DAZA GÓMEZ refiere que existe delito frustrado cuando el culpable realiza todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, y sin embargo, no lo producen por causas ajenas a la voluntad del agente. Distingue entre tentativa inacabada y simple tentativa acabada o delito frustrado, ésta radica en que en la tentativa inacabada el culpable no efectúa todos los actos de ejecución; en cambio, en la tentativa acabada o delito frustrado, el culpable practica todos los actos de ejecución; sin embargo, en ambos casos el resultado consumativo no se produce.[245]

Lo anterior es así, conforme al criterio sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 1009, de la Séptima Época, Tomo: Tomo II, Parte HO, publicada en el Apéndice de 1995, visible en la página 632:

> "**TENTATIVA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN CASO DE. (LEGISLACION PENAL FEDERAL).** Una adecuada interpretación lógica del artículo 63 del Código Penal Federal (antes de la

[244] En este sentido STRUENSEE, Eberhard. La punibilidad de la tentativa, en Revista de Política Criminal y Ciencias Penales, número especial, publicación semestral, agosto, México. 1999, p. 23.

[245] *Cfr.* Teoría general del delito..., p. 287; por su parte SANCINETTI, Marcelo A. Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. 1998, p. 164. al realizar un estudio sobre la tentativa en Jakobs determina que de los especiales elementos subjetivos del ilícito: los actos preparatorios formalmente tipificados como hechos consumados son agrupados por él *junto* a la tentativa inacabada, por el hecho de que el legislador se conforma, "en su impaciencia", con un acto aún *insuficiente* para el hecho definitivo (delitos de varios actos). En cambio, la tentativa acabada es idéntica en los tipos penales en los que lo único que se recorta es el resultado (delitos de resultado recortado). Sólo el par de conceptos *norma flaquante-norma principal* puede lograr la armonización, porque es obvio que un acto preparatorio no infringe la norma principal: entonces, *únicamente la tentativa acabada constituye un quebrantamiento perfecto de la norma principal.* Si la tentativa inacabada también constituye un quebrantamiento perfecto ha de ser respecto de una norma de menor jerarquía, en este sentido *"flanquante"*, al igual que la norma de los actos preparatorios formalmente tipificados como hechos consumados.

> adición al artículo 51 del propio Código, publicada el 14 de enero de 1985), así como de los códigos de los Estados que contengan la misma disposición, el cual dispone que para sancionar a los responsables de tentativas punibles «se les aplicará, a juicio del juez... hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito...", permite establecer que, no señalándose en tal precepto el mínimo aplicable, sino sólo el máximo de la pena, debe entenderse que para tal efecto se partirá de lo dispuesto por el artículo 25 del propio ordenamiento, o sea, que el mínimo de la pena de prisión es de tres días, y el máximo, las dos terceras partes de la que se debiera imponer de haberse consumado el delito".

Debe advertirse, que en los delitos contra la salud tentados, sólo se actualiza el comienzo de ejecución en aquellos supuestos en que el sujeto no ha alcanzado la posesión material de la droga, y siempre que el sujeto no tuviera cualquier otra forma de disponibilidad sobre ella.[246] Sobre el particular JOSHI JUBERT advierte que generalmente se ha exigido la presencia de algunos de los requisitos siguientes:

a) No poder atribuir al sujeto ningún tipo de posesión ni disponibilidad sobre la sustancia. Debe señalarse que una sentencia reciente no se contenta con una disponibilidad hipotética, sino que exige disponibilidad real.

b) No existir mutuo acuerdo con los sujetos a los que sí puede imputárseles la posesión material. Pues en este caso se estima coautoría y se imputa la posesión a todos ellos.

c) En supuestos de compra-venta, se ha estimado minoritariamente que el comprador ha realizado el delito tentado cuando atendiendo a criterios jurídico-civiles sobre la perfección y la consumación de la compraventa la primera se ha cumplido y la segunda no se ha ejecutado, pues se entiende que, aun siendo contrato consensual, no puede, desde una perspectiva jurídico-penal, estimarse consumado si el cambio de la cosa por el precio no se ha realizado de modo efectivo. No obstante, en estos supuestos basta para la consumación con que la operación de venta o traspaso de la droga haya llegado al último momento en el que el comprador se encuentra con el vendedor llevando en su poder lo que han acordado entregar.

[246] Véase JOSHI JUBERT, Ujala. Los delitos de tráfico de drogas, I. Un estudio analítico del art. 368 CP, Bosch, Barcelona, España. 1999, p. 231.

d) En algunos casos, también la intervención de la policía se ha estimado que frustra la posibilidad de que el sujeto activo entre en posesión de la mercancía.[247]

La Suprema Corte de Justicia ofrece en este punto el criterio sustentado en la Tesis aislada VI. 1º.P.177P, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tomo: XV, Marzo de 2002-07-30, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, visible en la página 1459, con la siguiente rúbrica y texto:

> **"SALUD, DELITO CONTRA LA, CON LA AGRAVANTE PREVISTA EN LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 196 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. PUNIBILIDAD APLICABLE EN CASO DE TENTATIVA.** Resulta correcto que el tribunal responsable aumente la pena impuesta por la comisión de un delito contra la salud previsto en el artículo 194 del Código Penal Federal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 196, fracción IV, del mismo ordenamiento legal, cuando éste se cometa en un centro de reclusión, sin que para ello sea necesario que el delito se hubiere consumado, en virtud de que la naturaleza jurídica de la tentativa no corresponde a una entidad independiente, sino a una fase externa del *iter criminis* y, por tanto, representa un grado de ejecución específico del delito que se considera punible, dado que en su comisión se manifiesta la voluntad de poner en peligro el bien jurídico protegido por la norma."

Es de interés la postura de SOSA ORTÍZ, en lo siguiente: la estrecha relación que siempre ha de guardar el tipo penal de tentativa con respecto al tipo penal consumado, no debe impedir que se les reconozca, no sólo como diferentes en atención a sus diversos contenidos, sino incluso excluyentes entre sí, es decir, si se afirma la acreditación de los elementos del tipo de un delito tentado, se niega la de los elementos del tipo del delito consumado y viceversa. A pesar de que se admita que se trata sólo de una variación de grado del delito para efectos de la fracción XVI del artículo 160 de la Ley de Amparo.[248]

Lo anterior, es de suma importancia ya que la posibilidad de distinguir entre ambas propicia que, efectivamente, no se confunda la interpretación que el legislador quiso con la distinción del delito tentado y delito consumado.

1. Fundamento del castigo de la tentativa y la frustración en el Código Penal Federal. En términos de la definición legal de la tentativa, es posible observar que la ley penal no se limita a punir exclusivamente los delitos consumados, es decir, aquellas conductas que hubiesen producido resultados típicos, lesivos a bienes jurídico penalmente protegidos; sino que la ley penal previene bases para la punición de las conductas que al no lograr llegar a su consumación, integran, sin embargo, elementos típicos suficientes como delitos tentados punibles y que suponen la realización de actos encaminados a la ejecución de un tipo delictivo que no llegan a término por causas ajenas a la voluntad del agente.[249] Esto es, el tipo objetivo no se cumple (completamente) y el tipo subjetivo se acredita. Lo anterior, se ejemplifica con la tesis I. 3o. P. 133 P, octava época, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Tomo: XIV, Diciembre de 1994, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, visible en la página 383:

> **"FRAUDE EN GRADO DE TENTATIVA Y NO ROBO.** La diferencia esencial que hay entre los delitos robo y fraude, consiste básicamente en el procedimiento empleado por el sujeto activo para hacerse del patrimonio de la víctima, en la primera de las figuras delictivas el agente se apodera sin consentimiento del bien, empleando medios violentos o furtivos, mientras que en el fraude la víctima o sujeto pasivo, mediante engaños o aprovechamiento de su error, entrega voluntariamente el objeto, es decir, no resiste sino que coopera para que el delito se perfeccione, debido claro está, a la actitud engañosa que mediante una serie de recursos intelectuales o habilidades en la maniobra o conducta ilícita, hace o emplea el activo, por lo que en el caso concreto, si éste trató de obtener mercancía de una tienda de autoservicio, pretendiendo pagar un precio inferior al marcado en los productos, engañando a los representantes de la empresa, poniéndose de acuerdo con una de las cajeras, para que marcara en la caja registradora cantidades menores, sin conseguirlo, al ser sorprendidos en su maniobra por un supervisor, se tipificó el delito fraude en grado de tentativa y no robo".

Al tenor de las anteriores consideraciones, el principio de ejecución, determinante de la tentativa, se presenta en el fraude (artículo 386 del Código Penal Federal) con el empleo de los medios engañosos, encaminados a llevar a error al pasivo, con ánimo de lucro. O bien, en el tipo de aprovechamiento del error, con la omisión de la conducta que debería evitar el error del pasivo. Existe tentativa punible, en palabras de ZAMORA-PIERCE "en los términos del artículo 12 del Código Penal, tanto en la hipótesis de tentativa inacabada, en la cual el defraudador agota íntegramente el proceso ejecutivo, sin que, en ambos casos, llegue a obtener lucro, por causas ajenas a su volun-

[247] *Ibidem*, p. 232.

[248] Los elementos del tipo penal..., pp. 82 y 83.

[249] *Cfr.* MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho penal mexicano..., p. 468.

tad".[250] En este sentido, la inactividad parcial (tentativa inacabada) o total pero finalmente insuficiente (tentativa acabada) de los actos que debieran evitar ese resultado, a grado tal que con ellos el agente exteriorice su resolución de cometer dicho delito.[251]

Aunado a este ejemplo, de manera genérica, son consideradas dos principales doctrinas propuestas sobre este tema: la **subjetiva** y la **objetiva**.

Como cualquier delito, el delito tentado ha de ofrecer una vertiente exterior objetiva relacionada con la ofensa, asimismo, objetiva del bien jurídico; pero también la voluntad del agente ha de orientarse conscientemente a la consumación del delito; por ello, en la tentativa, la voluntad del agente ha de ir más allá de lo que realmente logre hacer, que por definición no es todo lo que se había propuesto. Esa dirección de su voluntad operará como elemento subjetivo del injusto:

1. La doctrina **subjetiva** quiere ver el fundamento del castigo de la tentativa en que el agente con su acto ha manifestado una voluntad orientada a la comisión de un delito.[252] Lo que real y objetivamente haya realizado, se relega a un segundo plano y por ello pierde importancia. La razón de esta postura reside en la imposibilidad de saber cuándo el responsable da un principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores si se desconoce el delito que quiere ejecutar. De la misma manera, el riesgo es evidente, y con razones diferentes, apoyadas en esencia en su concepto de la acción, los finalistas han cargado también en la dirección o fin del autor el fundamento del castigo de la tentativa, lo cual lleva a algunos de ellos a sostener que en puridad no habría motivo para castigar de manera diferente la tentativa y el delito consumado, pues en ambos el injusto personal es el mismo. Esto es, se amplía enormemente el campo de los actos ejecutivos; además, vulnera toda garantía al ciudadano, pues resulta difícil determinar si la compra de un arma por sí sola implica intención de matar, de defensa, de coleccionar armas, etcétera. En definitiva, tendrá

[250] El fraude, Porrúa, México. 1998, p. 197.

[251] Así, SOSA ORTIZ, Alejandro. Los elementos del tipo penal... p. 82.

[252] *Cfr.* PALACIOS, Ramón. La tentativa..., pp. 138 y s.; advierte que nuestro sistema jurídico-penal (en su momento estableció) la tesis de la equivalencia de condiciones, paliada, quizá en el sentido de la causa concreta, o del caso concreto. Por su parte BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Lineamientos de la teoría del delito, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina. 1990, p. 83, se adhiere a esta teoría sosteniendo que la tentativa no se fundamenta en el peligro para el bien jurídico, como lo afirma la teoría objetiva. Lo que resulta decisivo para fundamentar la punibilidad es la exteriorización de una voluntad hostil al Derecho. La exteriorización de tal hostilidad se manifiesta entonces por medio del comienzo de ejecución del delito, lo cual constituye una perturbación grave del orden social.

que ser el juez el que determine, racional y en forma lógica-jurídica, si ese acto realmente exterioriza la voluntad delictiva del sujeto. A partir de este hecho las teorías subjetivas han fundamentado la punición de la tentativa en este elemento subjetivo. Este hecho resulta evidente, ya que como se ha expuesto, es preciso conocer cuál es la voluntad del autor para poder determinar si concurre una tentativa de delito y, en concreto, de qué delito se trata. Por ende, la punibilidad se fundamentará sobre posibles representaciones del sujeto y no sobre un hecho concreto, como lo exige un Derecho Penal de un Estado de Derecho. Lo anterior, en atención a lo dispuesto por el artículo 63 del Código Penal Federal, según ello, la conclusión decisiva del disvalor de la acción a partir del disvalor del suceso se apoya en la operatividad de la norma y en su forma de funcionamiento que sigue a la estructura de la acción. Ella transforma el juicio de disvalor sobre el suceso sólo para las acciones que se ejecutan con la representación de que la posibilidad de que se produzca el resultado está condicionada suficientemente. La derivación de la norma de conducta, así fundamentada —explica STRUENSEE— tiene consecuencias decisivas: sólo una acción con la cual el autor, según su representación de hecho, pierde control, es contraria a la norma, es decir, solamente lo es tentativa acabada. Con ello, también el castigo de la tentativa acabada está suficientemente legitimado como infracción de la norma.[253]

2. La doctrina **objetiva** ve la esencia del fundamento del castigo de la tentativa en el objetivo riesgo o peligro sufrido por el bien jurídico, riesgo que naturalmente es cuantitativamente menos grave que su efectiva lesión, lo que explica el descenso en el castigo.[254] Este concepto objetivo de peligro le brinda a la doctrina una solvencia que deja al margen de la apreciación equívoca de la víctima o de terceros una actitud subjetiva como módulo mensurador del peligro corrido por el bien jurídico, objeto del *antentato*.[255] Pero el problema es cómo decidir objetivamente que un acto es equívoco, es decir, que todavía no expresa totalmente la voluntad delictiva de comisión y

[253] STRUENSEE, Eberhard. La punibilidad de la tentativa... p. 27; en sentido similar PALACIOS VARGAS, J. Ramón. La tentativa... pp. 95 y ss.

[254] Véanse los antecedentes de la tesis objetivista en PALACIOS, Ramón. La tentativa..., pp. 160 y s.

[255] El fin preminente del Derecho penal (como sabemos) es la protección de esos bienes jurídicos como medio de asegurar los valores sustanciales de la comunidad. Por ello se reprime el daño y el peligro que se ocasiona a aquellos valores, particulares o colectivos. La tentativa de esta manera, pone en peligro de daño o en peligro de peligro a los bienes jurídicos y por ello se le castiga. En sentido similar MIR PUIG, Santiago. Derecho penal, parte general..., p. 327.

ejecución del delito. En principio (y nuevamente tomamos el ejemplo anterior) comprar un arma es equívoco, pues no se puede saber para qué la va a utilizar, y aún cuando se supiera, le quedarían todavía demasiados pasos que dar al sujeto, para que se pudiese decir que su pensamiento delictivo lo va a llevar realmente a la práctica; luego, sería castigar no hechos delictivos, sino sólo representaciones delictivas. Sin embargo, si compra un arma para acto seguido matar con esa misma arma al que se la vendió, resultaría ya más discutible si se tratara de un acto equívoco. En definitiva, objetivamente no se puede determinar la equivocidad o mediatez de los actos, habría que recurrir a otro tipo de criterios. Por eso estas posiciones clásicas objetivas fueron abandonadas y se prefirió buscar criterios ajenos al acto en sí que determinaran su inequivocidad o inmediatez de modo objetivo.[256]

3. La doctrina **mixta**, refiere la voluntad delictiva como fundamento del castigo, pero cree necesario limitar éste por exigencias objetivas, como la de que el hecho produzca una conmoción de la colectividad (teoría de la impresión o conmoción). Es decir, el objeto de la punición será la voluntad, pero el merecimiento de pena lo decidiría la conmoción del sentimiento de seguridad de la colectividad.[257] Las consecuencias político-criminales de esta perspectiva serían:

a) La adopción de criterios objetivos para la delimitación de actos preparatorios y actos ejecutivos: sólo se deben castigar los actos que producen ya una objetiva conmoción social.
b) La atenuación facultativa de la pena de la tentativa: según se aminore o no la conmoción social.
c) La impunidad de la tentativa irreal, porque no determina alarma social alguna.

Al respecto SERRANO-PIEDECASAS,[258] explica que: la manifestación de la voluntad contraria a la norma, el dolo del hecho, es la

[256] *Cfr.* Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho penal..., p. 419.

[257] Por su parte DAZA GÓMEZ, Carlos. Teoría general del delito..., p. 284, expone esta tercera teoría de la siguiente forma: se sustenta con la teoría subjetiva y se complementa con la teoría objetiva, fundamenta la punibilidad de la tentativa porque la voluntad es contraria a una norma de conducta, se funda en el merecimiento de pena de la exteriorización de la voluntad dirigida al hecho, cuando con ello pueda perturbarse la confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico, tomando también en cuenta la peligrosidad del autor, esto es, si la puesta en peligro del bien protegido de la acción se encuentra incluida en su voluntad de realizar el hecho (teoría del autor).

[258] Fundamentación objetiva de la tentativa en el Código penal español, en homenaje a Claus Roxin, Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Córdoba, Argentina. 2001, p. 432.

única categoría dogmática que dota de significado al ilícito (tentado y consumado). Si queremos evitar el escorarnos hacia un Derecho Penal de intenciones no conviene confundir los medios con los fines. La estabilización de las normas en la conciencia de la comunidad es tan sólo un medio para lograr el fin de la protección de los bienes jurídicos.

El problema, es entonces, el poder determinar qué doctrina es la más adecuada para explicar la punición de fases anteriores a la consumación que establece el Código Penal Federal. Es preciso que para imponer la pena del delito tentado, el juez tome en cuenta, además de lo previsto por el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.[259] En lo relativo, no obstante su vigencia, se transcribe la tesis siguiente:

> **"TENTATIVA. REGLAS QUE DEBEN APLICARSE PARA LA IMPOSICIÓN DE LAS PENAS TRATÁNDOSE DE. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS).** Para la aplicación de las penas tratándose de tentativa, primero deben individualizarse como si el delito se hubiese consumado y luego imponer al acusado hasta las dos terceras partes de esas penas, de conformidad con el artículo 59 del Código Penal para el Estado de Chiapas, sin que para ello baste tomar en cuenta las circunstancias que sirvieron para fijar la peligrosidad del sujeto, sino igualmente el posible daño objetivo causado durante el proceso ejecutivo realizado y el grado a que se llegó dentro de éste, puesto que no es lo mismo sancionar el principio de ejecución de un delito que los actos que agotaron su proceso ejecutivo; además debe atenderse a que como el ordenamiento punitivo citado no determina en el delito tentado, el mínimo de la pena a imponer, refiriéndose exclusivamente a la máxima, que precisa en las dos terceras partes de la que debe imponerse de haberse consumado el delito, ello obliga al juzgador a acudir a la norma general que contempla el artículo 18 del Código invocado, la cual alude a que la pena de prisión será de tres días hasta cuarenta años, o sea, que para sancionar la tentativa debe ser de tres días como mínimo y el máximo las dos terceras partes de la sanción que corresponda al

[259] Por lo que es preciso determinar que el criterio que establece nuestro Derecho penal es dominantemente objetivo. Siendo que en nuestro Derecho no sólo es obligatoria una menor pena para la ejecución imperfecta, sino que tradicionalmente se ha venido distinguiendo entre la tentativa acabada y la tentativa inacabada. El vigente Código Penal Federal abandona el concepto de "frustración", pero obliga a fijar la pena atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado. Se tiene en cuenta, pues, la mayor o menor proximidad objetiva respecto de la consumación.

delito consumado, margen éste en que se debe basar el juzgador para fijar la pena."

La punibilidad correspondiente, a su vez, se apega a los criterios generales señalados en los párrafos segundo y tercero del artículo 63, correspondiente al Capítulo III, intitulado "aplicación de sanciones en caso de tentativa", del Código Penal Federal, que expresan:

> *"Al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio de juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que se quiso realizar, salvo disposición en contrario.*
>
> *En los casos de tentativa en que no fuera posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuese determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior."*

A pesar de que dogmáticamente hay base para sustentar estas diversas opiniones, consideramos que el fundamento de la punición de todos los actos de ejecución (idóneo o no) del delito tiene que ser, necesariamente, unitario y responder a la misma finalidad político-criminal y preventiva que preside todo el Derecho Penal. Las formas imperfectas de ejecución son causa de extensión de la pena, que responden a la misma necesidad político-criminal: extender la amenaza o conminación penal prevista para los tipos delictivos en el caso de consumación de los mismos, a conductas que ciertamente no consuman el delito, pero que están próximas a la consumación y se realizan con voluntad de conseguirla. De ahí que sean la puesta en peligro de los bienes jurídicos en los tipos de la parte especial,[260]

[260] Los actos que no sean subsumibles en la descripción típica de la parte especial o que, aún siéndolo, no dan lugar a una realización completa de la totalidad de los elementos comprendidos en aquella descripción, no pueden ser penados mediante una aplicación directa e inmediata del precepto de la parte especial que define el delito consumado, pues ello supondría una infracción del principio de legalidad. La punibilidad de dichos actos sólo podrá tener lugar, por imperativo de este último principio si así lo autoriza expresamente alguna disposición legal positiva, bien sea con carácter general o sólo con carácter excepcional o especial. Las disposiciones legales que establezcan la punibilidad de actos que no dan lugar a la consumación formal de los tipos de la parte especial tienen, por ello, un carácter constitutivo, dado que determinan una extensión o ampliación de la punibilidad a hechos que, en ausencia de tales disposiciones, y precisamente porque no suponen una realización completa del tipo legal, deberían quedar impunes. Estas disposiciones constitutivas y extensivas de la punibilidad, sin embargo, no pueden operar independientemente sino sólo en conexión con los preceptos que definen los tipos delictivos originarios.

(criterio objetivo) y la voluntad de conseguir su lesión típica (voluntad delictiva manifestada -criterio subjetivo-), los dos elementos que por igual fundamentan la sanción de todas las formas imperfectas de ejecución punibles. Si alguno de ellos falta, no podrá apreciarse ni tentativa, ni frustración, ni, por supuesto, la llamada tentativa inidónea, criterio que se sustenta en la tesis siguiente:

> **"TENTATIVA, PUNIBILIDAD APLICABLE EN LOS CASOS DE, DESPUÉS DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 51 DEL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.** A partir del Decreto de reformas al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el catorce de enero de mil novecientos ochenta y seis, que entró en vigor a los treinta días de su publicación, se adicionó un segundo párrafo al artículo 51 de dicho cuerpo de leyes, que dice: En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días. De manera que, relacionado el contenido del párrafo transcrito, con lo dispuesto por el artículo 63 del ordenamiento en consulta, que contempla que a los responsables de tentativas punibles se les aplicará hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario, se interpreta que actualmente el mínimo de la pena aplicable para los casos de tentativa, se obtiene de calcular las dos terceras partes del mínimo que corresponda al delito consumado, por lo que ya no debe considerarse como tal el término de tres días, que resultaba de la aplicación del artículo 25 del citado Código, antes de la aludida reforma. En otras palabras, en la actualidad, los márgenes de punibilidad para los delitos cometidos en grado de tentativa punible, se obtiene de disminuir, en una tercera parte, tanto el máximo como el mínimo de la pena señalada al ilícito consumado."

En nuestro Código Penal Federal, la punibilidad se extiende concretamente a determinados actos preparatorios y a los actos ejecutivos que no hayan dado lugar a la consumación.[261] La extensión

[261] Tal y como se aprecia en los últimas reformas al Código Penal, en el Capítulo II "Tentativa" (REFORMADO PRIMER PARRAFO, D.O. 10 DE ENERO DE 1994) ARTICULO 12.- Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un

de la punibilidad a tales actos, realizados siempre de modo necesario y, lógicamente, antes de la eventual consumación, se define, por ello, como una anticipación de la punibilidad con respecto al delito consumado. En el caso de no consumarse un delito legalmente considerado como grave, la pena a aplicar es conforme al criterio contenido en la tesis I.3o.P.41 P, novena época, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Tomo: IX, Mayo de 1999, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, visible en la página 1003:

> "**DELITO GRAVE EN GRADO DE TENTATIVA. PENAS APLICABLES**. Para la imposición de la pena, en tratándose de delitos graves, así considerados por la legislación penal aplicable, cuyo grado de ejecución quedó en tentativa, primero deben acreditarse los elementos del tipo penal como consumado y después, imponer al acusado hasta las dos terceras partes de esas penas, según el grado de ejecución que se hubiese llegado a consumar en la comisión del delito, atendiendo en el caso además, al grado de culpabilidad que se haya considerado al acusado; pero si la pena a imponer resulta ser inferior a la mínima señalada para el ilícito de que se trate, necesariamente debe aplicarse la regla a que se refiere el artículo 63, párrafo tercero, del Código Penal del Distrito Federal, es decir, imponer exactamente la pena mínima señalada, por tratarse de tentativa punible de delito grave, así calificado por la ley".

La diferente gravedad de pena atiende, desde luego, a la distinta entidad objetiva de los diversos grados de realización del hecho punible, pero no por ello debe dársele a este hecho la significación decisiva que algunos le atribuyen,[262] en el mismo sentido, pero en

delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

(REFORMADO, D.O. 10 DE ENERO DE 1994) Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

(REFORMADO [N. DE E. ADICIONADO], D.O. 14 DE ENERO DE 1985) Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

[262] De ahí que en muchos códigos se haya abandonado la distinción entre tentativa y frustración y se deje al arbitrio de los tribunales la atenuación de la pena en el caso de no consumación o, incluso, se castigue la tentativa con la misma pena que la consumación. De todas formas, en la medida en que el desvalor del resultado consumativo añada un componente adicional a la gravedad del injusto cometido es

otros términos se expresan las tesis I.3o.P. J/10, novena época, Tomo: IX, Marzo de 1999, octava época, Tomo: X, Octubre de 1992, publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, visibles en las páginas 1327 y 463 respectivamente:

> "**ROBO EN GRADO DE TENTATIVA. ARTÍCULO 371 DEL CÓDIGO PENAL, PENAS APLICABLES EN EL DELITO DE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)**. Para la imposición de la pena, en el caso del delito de robo, previsto en el artículo 371, último párrafo del Código Penal, cuyo grado de ejecución quedó en tentativa, primero debe individualizarse el delito como consumado, y después imponer al acusado hasta las dos terceras partes de esas penas según el grado de ejecución a que se hubiere llegado en la comisión del delito en cuestión, pero si la pena a imponer resulta inferior a cinco años, que es la mínima del precepto de que se trata, se debe aplicar la regla a que se refiere el artículo 63, párrafo tercero del Código Penal, es decir imponerle precisamente cinco años de prisión, por tratarse de tentativa punible de delito grave, así calificado por la ley".
>
> "**TENTATIVA. CALIFICATIVAS. TAMBIÉN SE ACTUALIZAN CUANDO EL DELITO SE COMETE EN GRADO DE.** Como la tentativa no es una entidad típica autónoma sino el grado de ejecución de un delito, inacabado por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, las circunstancias atenuantes o agravantes del mismo se actualizan también cuando éste se comete sólo de manera tentada; tanto porque dichas modificativas le imprimen un carácter de menor o mayor gravedad a la conducta ilícita que se pretendió consumar, lo que repercute en la sanción reduciéndola o aumentándola, como porque constituyen un elemento para determinar la temibilidad del agente".

En resumen, parece imponerse la necesidad de un "equilibrio" objetivo-subjetivo, esto es, la teoría subjetiva logra justificar el castigo de situaciones que merecen ser castigadas (tentativa inidónea o imposible y tentativas idóneas que no crean real peligro). Si la tesis subjetiva entiende que voluntad es dolo, la misma necesariamente reconoce que existen factores objetivos en el injusto del acto tentado que fundamentan el castigo del mismo.

2. El dolo en la tentativa y la frustración. Elemento configurador esencial del delito tentado es la puesta en práctica del dolo del hecho

evidente que la pena del delito consumado sobre todo en los delitos de resultado (homicidio, daño en propiedad ajena, etc.) debe ser más grave que la del delito intentado o frustrado.

típico, mediante actos externos que han de tener carácter ejecutivo. El delito tentado es ejecución del dolo, es decir, de la voluntad de consumar el hecho típico. Es por ello que, subjetivamente la tentativa requiere que el sujeto quiera los actos que objetivamente realiza como ánimo de consumar el hecho o, al menos, al aceptar que pueden dar lugar a la consumación. Esto es, como se afirmó con anterioridad, tanto la tentativa como la frustración son tipos dependientes, ya que todos sus elementos van referidos a un delito consumado. No hay una tentativa en sí, sino tentativas (frustraciones) de delitos consumados de homicidio, robo, fraude, etcétera. De ahí que el dolo sea el mismo que en el delito consumado.[263] Para ejemplificar lo anterior, tomaré la argumentación de la tesis 1a./J. 46/98, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, Novena Época, Tomo: VIII, Septiembre de 1998, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, visible en la página 198, bajo la siguiente rubrica y texto:

> "**SALUD, DELITO CONTRA LA. MODALIDAD DE SUMINISTRO GENÉRICO, EN GRADO DE TENTATIVA. LOS ACTOS DE CONSUMACIÓN IDÓNEOS PARA LA CONFIGURACIÓN.** Si el sujeto activo obtiene el estupefaciente y lo oculta para tratar de ingresar con él a un centro de reclusión preventivo o penitenciario, en donde pretende entregar dicha sustancia a alguna persona, para su consumo, pero no logra su finalidad delictiva porque es sorprendido al momento en que se realiza la revisión previa a su ingreso a las instalaciones carcelarias; se reúnen los elementos indispensables para la integración típica del delito contra la salud, en su modalidad de suministro genérico, en grado de tentativa, previstos por el artículo 12 del Código Penal Federal, en relación con la fracción I del precepto 194, de ese mismo ordenamiento punitivo, consistentes en: a) Un elemento subjetivo (finalístico), que consiste en la resolución dirigida a cometer el delito en cuestión, en la modalidad ya precisada; b) Un elemento material (objetivo), consistente en la realización, por parte del sujeto activo, de los actos ejecutivos e idóneos, encaminados directa e inmediatamente a producir el resultado que pretende, a través de los cuales aquél exterioriza, unívocamente, su determinación delictiva; y, c) Que el resultado no se produzca por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, como lo son la oportuna detección del enervante oculto y la consiguiente detención del agente. En tales condiciones, para la configuración de la tentativa, no es indispensable que los actos de ejecución tengan que llegar al grado de que el sujeto activo se encuentre con el destinatario del estupefaciente y que en ese momento se inicie la entrega; pues, en todo caso, el menor o mayor grado de aproximación al momento consumativo del delito, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 12 del Código Penal Federal, no tiene el carácter de elemento típico y, por lo tanto, es innecesario para la configuración de la tentativa, ya que sólo se trata de una circunstancia que el juzgador debe ponderar a fin de individualizar la punibilidad correspondiente al delito cometido en grado de tentativa".

[263] La doctrina refiere la necesidad de la resolución de consumar el delito. Desprendiéndose de ello la imposibilidad de una tentativa culposa relativa al tipo del delito. Subsiste, en cambio, la posibilidad de tentativa con la suposición culposa de que concurran los presupuestos de una causa de justificación, o con el desconocimiento culposo de la prohibición.

En la tentativa, al hacer referencia a los elementos objetivos y subjetivos del ilícito penal, se indicó que desde el ángulo específico del último aspecto realmente no era posible localizar una distinción entre las diversas posibilidades de pensamiento delictuoso llegado a resolución, intención manifiesta a un fin ilícito predeterminado, por actos aún no punibles, delito tentado punible, delito consumado y aún el caso del delito imposible. Los elementos que componen la parte subjetiva del tipo del delito tentado son, como en el delito consumado, el dolo y los elementos subjetivos del tipo cuando aquél los exija. Pero el tipo subjetivo del delito tentado contiene además un tercer elemento consistente en la resolución de consumar el delito. Así, de igual manera, se ha manifestado el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, con el criterio de la tesis VI.P.42 P, Novena Época, Tomo: XI, Marzo de 2000, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, visible en la página 1035:

> "**TENTATIVA. NO SE CONFIGURA SI LOS ACTOS EJECUTADOS SON DE RESULTADO IMPOSIBLE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).** Del análisis del artículo 20 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, se advierte que la tentativa se integra con tres elementos, el subjetivo consistente en la intención dirigida a cometer el delito; el objetivo relativo a la realización de los hechos encaminados directa e inmediatamente a su ejecución; y el resultado no realizado por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo. Luego, si los activos ejecutan medios eficaces y aparentemente idóneos encaminados a la producción de un delito determinado, pero su ejecución es imposible, porque el bien jurídicamente tutelado por la norma, ya sea por su naturaleza u otros factores, se encuentra fuera de peligro, al ser materialmente irrealizable su consumación, esos actos no pueden ser punibles, ya que la antijuridicidad de la tentativa radica precisamente en el peligro al

cual se coloca el bien jurídico, como consecuencia del acto agresivo tendiente a su lesión".

En todas esas situaciones el común denominador es la voluntariedad del sujeto respecto de la realización de un fin ilícito independientemente del grado de objetividad alcanzado en ellos, y tanto en un caso cuanto en los otros, en la mente del sujeto activo es observable la representación de un fin ilícito que después ha llegado a momentos diversos en su ejecución de donde se deriva que no existe diferencia desde el ángulo psicológico entre el delito tentado y el delito doloso.[264] Esto es así, porque el dolo de la tentativa no puede identificarse plenamente con el dolo de la consumación. El querer y conocer los actos que objetivamente se realizan y configuradores del dolo, conduce a resultados distintos en la tentativa y en la consumación. La voluntad de realización de los actos ejecutivos efectivamente practicados en la tentativa no puede identificarse con el dolo del delito consumado. En la primera es precisa, además, que a través de la realización de dichos actos se persiga la consumación del tipo iniciado. Por ejemplo, no basta querer disparar si no se hace con ánimo de matar, sino sólo por practicar puntería.[265]

Sin embargo, en la tentativa inacabada la voluntad de realización de los actos ejecutivos efectivamente practicados no puede identificarse con el dolo del delito consumado. Que el autor haya querido realizar una parte de la ejecución con ánimo de consumación no prueba todavía que el mismo hubiera mantenido su voluntad hasta llegar a la total ejecución.

Ello permitirá fundamentar objetivo-subjetivamente una menor punición para la tentativa inacabada que para la tentativa acabada. También pone de manifiesto el sentido en que la voluntad debe integrar, como dolo, el objeto de la prohibición jurídico-penal: no en cuanto expresión de una actitud interna, sino como efectivo impulso voluntario de la conducta externa. Sólo el impulso voluntario de la parte de ejecución alcanzada constituye el dolo de la tentativa inacabada, distinto al dolo del delito consumado. El tipo subjetivo de la tentativa inacabada debe distinguirse del de la consumación por un dolo distinto, que sólo alcanza a la parte de ejecución conseguida, y por un elemento subjetivo del injusto adicional que exige la intención de completar la ejecución. Al respecto son ilustrativos los siguientes criterios de tesis que han emitido los Tribunales Colegiados:

[264] MALO CAMACHO, Gustavo. Tentativa del delito..., p. 11. En el ámbito subjetivo del delito, al lado del dolo, se observa la segunda forma a que se refiere la culpabilidad: la culpa, cuando el resultado material jurídicamente relevante ocasionado, no siendo querido, ha sido no obstante producido por una causa imputable al agente. Igualmente GARCÍA GARCÍA, Rodolfo. Tratado sobre la tentativa... p. 58.

[265] FARRÉ TREPAT, Elena. La tentativa de delito... p. 77.

"**TENTATIVA DE HOMICIDIO. PARA SU CONFIGURACIÓN ES PRIMORDIAL DEMOSTRAR EL *ANIMUS NECANDI* DEL SUJETO ACTIVO.** Para distinguir en un evento si se está en presencia de un delito de homicidio en grado de tentativa, o de lesiones, hay que atender especialmente al elemento subjetivo del tipo, es decir, a la intención o estado psíquico del agente en el momento de cometer el hecho criminoso."

"**TENTATIVA PUNIBLE DE HOMICIDIO, ELEMENTOS DE PRUEBA DE LA.** Los elementos de la tentativa punible de homicidio son: a) La intención de querer privar de la vida al pasivo (elemento subjetivo); b) La realización de actos idóneos para consumarla y c) Que el resultado no se produzca por causas ajenas a la voluntad del agente; por lo que si en autos se demostró que el activo manifestó verbalmente su intención de cometer el ilícito penal, momentos antes de los hechos, que efectuó un disparo sobre la cara de la víctima mientras se encontraba tirada, produciéndole lesiones y no la muerte, dada la intervención de otras personas que impidieron siguiera la agresión, es indudable que existen datos fehacientes que permiten concluir con la intención de perpetrar el homicidio; máxime que un disparo sobre la cara de la ofendida, región donde se ubican órganos vitales, constituye un medio idóneo para el fin y tal conducta probada, justifica el auto de formal prisión reclamado".

En cambio, el tipo subjetivo de la tentativa acabada ha de ser el mismo del delito consumado.[266] Puesto que esta tentativa re-

[266] Comparto la opinión de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, Bosch, Barcelona. España. 1997, pp. 125 y 126, al referirse que a partir de la realización de un juicio en el que se introduzca más elementos que los presentes en el juicio *ex ante*, aunque aún no el hecho de la producción o no producción del resultado, podríamos sostener que hay tentativas que muestran todavía un peligro concreto *ex post* y otras que de ningún modo pueden conducir a la consumación (en las que no se puede formular el juicio de peligro *ex post*). Ello puede advertirse con claridad si entendemos que el juicio *ex ante* de peligro se realiza por el espectador objetivo en la posición del autor: en tal caso, se supone que el autor, aunque realmente no hubiera tal peligro, se encuentra en una situación de "error" (suposición errónea de peligro) invencible, suficiente para el juicio de peligro ex ante. En cambio, el juicio *ex post* se realiza por el hombre medio al margen de la posición del autor, de modo que tal hombre medio (no necesariamente experto y mucho menos omnisciente) puede entonces advertir peligro (entonces, tentativa idónea) o bien no advertirlo (entonces, tentativa inidónea). De esta forma de ver las cosas discrepa la teoría subjetiva, para la que el juicio de peligro *ex ante* debe construirse no sobre de un hombre medio en la posición del autor, sino sobre la base del juicio del propio autor, aunque con alguna corrección. Así se vincula la presencia de dolo a un cierto "sentido social típico" de la acción. Y

quiere la ejecución de todos los actos necesarios para la consumación, la voluntad de ejecutar tal acto efectivamente manifestado puede y debe equivaler a la voluntad de consumación. Si el dolo supone la voluntad y el conocimiento de la realización de la conducta descrita en el tipo a conciencia de su peligrosidad específica de injusto; así, la tentativa acabada requiere el mismo dolo que el delito consumado, el cual exige la voluntad y conocimiento de la realización de la misma conducta.[267]

Esta distinción, avalada en nuestro país por la jurisprudencia, al igual que la española,[268] permite una clara concreción en el ámbito de la tentativa acabada, en materia de los delitos contra la salud, conforme a los requisitos siguientes:

a) El sujeto no haya alcanzado la posesión del narcótico ni haya tenido de cualquier otra forma la disponibilidad de la misma, por ejemplo, por haber sido escondida previamente y estar bajo el control de la policía; y,
b) No haya mutuo acuerdo con los que sí poseen el narcótico.

En cambio, en la consumación del delito contra la salud no se exige que el agente llegue a ostentar la posesión material del narcótico, pues si fuera de este modo, los grandes narcotraficantes que actúan desde sus despachos y fuera de las actividades físicas de transporte, almacenamiento y distribución, quedarían al margen de cualquier actividad incriminatoria como autores de un delito consumado.[269]

---

además —agrega SILVA SÁNCHEZ— se entiende por algunos autores que los errores nomológicos (esto es, sobre las leyes de experiencia que han de regir la incidencia de su conducta en el mundo exterior) del autor excluyen la posibilidad de formular un juicio de peligrosidad (de sentido social), y convierten el hecho en una tentativa irreal impune. En cambio, se estima que ello no sucede con los errores ontológicos del autor, esto es, sobre los hechos que se realizan, los cuales, aunque no fueran compartidos por el hombre medio, siguen fundamentando la posibilidad de atribuir relevancia al juicio de peligro formulado en virtud de los mismos (sigue existiendo racionalidad) y de apreciar, en consecuencia una tentativa punible.

[267] *Cfr.* MIR PUIG, Santiago. Derecho penal mexicano, parte general..., p. 344; VARGAS PALACIOS, J. Ramón. La tentativa, Cárdenas Editores y Distribuidores, México. 1979, p. 79.

[268] *Cfr.* al respecto FARRÉ TREPAT, Elena. La tentativa de delito... pp. 190 y ss.; JOSHI JUBERT, Ujala. Los delitos de tráfico de drogas... p. 234.

[269] *Ibidem*, p. 235. "Se defiende de igual modo que las formas de imperfecta ejecución deben ser, salvo excepciones, excluidas y entender el delito como consumado cuando existe un previo convenio o concierto en firme para la adquisición de la droga y media un acto de puesta a disposición por parte del vendedor a través de un tercero o del servicio de transportes de correos."

Del fundamento de la punición de las formas imperfectas de ejecución y de la redacción del artículo 12 del Código Penal Federal, se deriva que no caben la tentativa o la frustración por culpa, ya que en estos casos no se manifiesta la voluntad de cometer un delito. Si el tipo de delito consumado exige otros elementos subjetivos del injusto, además del dolo también estos deben darse en la tentativa o frustración (por ejemplo la finalidad en los delitos contra la salud), ésta es la posición que sigue el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la octava época Tomo: V, Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1990, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, y visible en la página 633:

"**SALUD, DELITO CONTRA LA, MODALIDAD DE EXPORTACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA.** Una correcta interpretación del artículo 12 del Código Penal Federal reformado, lleva a concluir que la tentativa es punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza, ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. En estos términos, para que la tentativa se integre, requiere que el activo realice un principio de ejecución de delito, mediante actos que deben ser unívocos o idóneos y sólo ofrecen esta calidad los próximos a la ejecución; en tanto, que quedan fuera de su ámbito aquellos que sólo preparan su ejecución, sin la clara exteriorización de la conducta delictiva y, por ser equívocos deben quedar impunes, por no tenerse la seguridad de que tiendan a la comisión de un delito; de ahí que si los inculpados tripulaban una avioneta con el fin de transportar cargamentos de cocaína a ciudades fronterizas y localizaron una pista clandestina, recibiendo dinero por anticipado, comprometiéndose a transportar la droga en cuanto recibieran la orden, ello refleja que tuvieron el ánimo de llevar a cabo estos ilícitos de transporte de cocaína y aun cuando no se encontró la droga, ello quedó explicado porque sólo realizaban un vuelo de reconocimiento de la pista clandestina, que asegurara el éxito de la exportación del enervante. En consecuencia la conducta ejecutada por los quejosos fue adecuada para cometer el delito, porque llevaron a cabo actos tendientes a su consumación que se manifestaron en actos ejecutivos y si no se consumaron fue por causas ajenas a su voluntad, en atención a que fueron sorprendidos en su actividad, por lo que existieron elementos suficientes para sancionar tal conducta en grado de tentativa".

Mientras que la punición de la tentativa con el dolo directo nunca ha sido objeto de discusión, por lo menos en relación con la tentativa idónea, en diversas ocasiones se ha discutido la punibilidad

de la tentativa con dolo eventual. En todo caso, el artículo 12 del Código Penal Federal no sólo incide en la específica dogmática de la tentativa, sino que configura, de alguna manera, el modo de concebir la realización típica dolosa, en general.[270]

Es sabido que, tanto en Alemania como España, se daban corrientes de opinión singularmente reticentes a la aceptación de la existencia de un principio de imputación objetiva en el delito doloso, en el entendimiento de que los desarrollos de la teoría del riesgo jurídicamente desaprobado y su realización en el resultado eran aplicables sólo a los delitos culposos. Pues bien, por pura coherencia con lo señalado para la tentativa parece clara la necesidad de realizar, también en el delito doloso consumado, un juicio sobre la desaprobación jurídica del riesgo (desde un punto de vista *ex ante*) y sobre su efectiva realización en el resultado producido, de modo separado del juicio de imputación subjetiva. Con todo, es innegable una recuperación de la redacción legal del régimen de la tentativa: da la razón a quienes entendían que quien dolosamente causó (o contribuyó a causar) un resultado dolosamente que no sea, pese a todo, sancionado, al no constituir su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado.[271] Ilustra este criterio la tesis que se invoca a continuación:

> "**SALUD, DELITO CONTRA LA. TENTATIVA DE SUMINISTRO Y NO POSESIÓN.** Si el activo adquirió la marihuana y la conservó en su poder el tiempo estrictamente indispensable para tratar de hacerla llegar a otro sujeto que se hallaba recluido en un centro de readaptación social, pero al ingresar a este lugar se le detectó la droga, su conducta tipifica el delito contra la salud previsto por el artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal, en la modalidad de suministro en grado de tentativa, no así en la de posesión, tomando en cuenta que su proceder siempre estuvo encaminado a entregar el estupefaciente a uno de los internos del penal, lo cual no logró por causas ajenas a su voluntad".

Lo dicho, sin embargo no resuelve aún nada acerca de la cuestión relativa, así para que exista realmente un delito tentado es preciso que las circunstancias constitutivas del tipo objetivo estén dadas

[270] En Argentina, el llamado dolo de ímpetu, en cuanto su intencionalidad comprende la consumación de un delito determinado, satisface las exigencias subjetivas de la tentativa. El propósito de delinquir, puede aparecer nítidamente, no obstante la confusión emocional, pues ello no es obstáculo para que el autor lo guíe, aunque arrebatada e irrefrenablemente la clara intención de consumar un delito.

[271] *Cfr.* SILVA SANCHEZ, Jésus María. El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales..., pp. 138 y s.

realmente o si es ya suficiente con que aquéllas, aun cuando carezcan de existencia real, sean únicamente contenido de la representación subjetiva del autor.

En definitiva, siempre que la representación del autor tenga como contenido las circunstancias comprendidas en el tipo objetivo puede afirmarse que los actos de ejecución que realice objetivamente deberían producir el resultado con independencia de que aquellas circunstancias existan en la realidad o sean sólo imaginadas por el autor; en este último caso, si las circunstancias que el autor imagina se dieran en la realidad, los actos ejecutivos que realice deberían producir objetivamente el resultado.

En los delitos de consumación anticipada no existe la tentativa, pues equivaldría a considerar que se trata en realidad de una tentativa de actos preparatorios o de una tentativa de tentativa.[272]

3. *La delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos*

Los actos preparatorios presuponen que la ejecución del hecho típico pretendido aún no ha empezado.[273] En cuanto el autor traspasa la frontera de los actos preparatorios e inicia la fase ejecutiva, aparece la tentativa. Cabe distinguir dos grandes momentos externos: la fase de actos preparatorios y la fase de ejecución. Naturalmente, los actos preparatorios son parte del *iter criminis*, por lo que, se les aplican los principios generales de éste; es por eso, por ejemplo, que aunque no lo diga expresamente la ley, evidentemente se les aplica el desistimiento; en relación a lo cual, sólo habrá que considerar en cada caso las características que ha de tener el desistimiento. Los actos preparatorios suponen un momento intermedio entre la fase interna y el propio inicio de la ejecución del tipo previsto en la parte especial. Por ello, siempre el acto preparatorio es una anticipación también de la autoría (como la tentativa), ya que está en referencia al tipo legal específico, que es el hecho del autor.

[272] En los delitos contra la salud sí ocurre este fenómeno jurídico (el cual por cierto, no ha sido explicado doctrinalmente). Por ejemplo, extraer narcóticos del país, jurídicamente constituye un acto preparatorio de su comercialización; sin embargo, por disposición legal, la extracción se erige como un tipo autónomo y, por ende, constituye un delito de resultado cortado, que no obstante, admite su comisión en grado de tentativa.

[273] Al respecto *Cfr.* entre otros DAZA GÓMEZ, Carlos. Teoría general del delito..., p. 279, refiere que "son aquellos en que el autor elige los medios, con la finalidad de estar en condiciones de realizar la consumación". García García, Rodolfo. Tratado sobre la tentativa... pp. 35 y s.

De acuerdo con las concepciones jurídico-penales más extendidas, los actos preparatorios del delito son en nuestro Código Penal Federal impunes con carácter general. En la parte especial del Código, sin embargo, existen excepcionalmente algunos tipos delictivos consistentes en la realización de actos meramente preparatorios con respecto a un determinado delito. Se trata de los denominados "*tipos de preparación*". En referencia a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, esto es, desde el punto de vista material, algunos tipos delictivos aparecen configurados como tipos de preparación. El tipo de falsificación de moneda (artículo 234 del Código Penal Federal) es, desde esa perspectiva, un tipo de preparación, pues la lesión del bien jurídico protegido se producirá sólo con el acto de expedición de dicha moneda falsa. Dado que, por lo anteriormente dicho, la consumación formal es también predicable de estos tipos, en ellos es posible asimismo la tentativa.[274] En algunos de estos supuestos, como sucede con el caso mencionado de la falsificación de moneda, el acto preparatorio tipificado y penado especialmente es la única forma posible de llevar a cabo la preparación del hecho materialmente lesivo y el sentido preparatorio del acto es, por ello, inequívoco.[275] Conforme a esto, puede interpretarse la tesis emitida por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, en la octava época, Tomo: IX, Abril de 1992, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, visible en la página 445, bajo la rúbrica y texto siguientes:[276]

[274] Así Jakobs, Günther. Derecho penal, parte general..., p. 700.

[275] Entre el tipo de preparación y el de lesión se establece en tales casos una relación de concurso de leyes. Los tipos de preparación, sin embargo, pueden configurarse en torno a un determinado acto preparatorio particular entre otros posibles que a diferencia de aquél permanecen impunes. Ello se debe a que el acto aislado singularmente tipificado y penado presenta características especiales, por ejemplo: una peligrosidad especialmente acentuada de la que carecen otros actos preparatorios, que determinan una valoración o relevancia penal específica de dicho acto y la atribución al mismo, por ello, del estatuto dogmático y político-criminal de la tipicidad penal.

[276] Igualmente se aprecia en la tesis Novena Época Instancia: Cuarto Tribunal Colegiado Del Cuarto Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VI, Noviembre de 1997 Tesis: IV.4o.1 P Página: 515.

"**SALUD, DELITO CONTRA LA. TENTATIVA DE SUMINISTRO. LOS ACTOS PREPARATORIOS NO LA INTEGRAN**. Los elementos de la tentativa punible, de acuerdo al artículo 12 del Código Penal Federal, son: a) el moral o subjetivo, que consiste en la intención dirigida a cometer un delito; b) el material u objetivo, es decir, los actos realizados en forma directa e inmediata para la consumación de ese ilícito; y c) un resultado que no llega a su consumación por causas ajenas a la voluntad del activo. Sentado lo anterior, resulta obvio que la tentativa punible, para surtirse, requiere no de meros actos preparatorios, sino de una acción que de manera inequívoca sea un principio de ejecución, de iniciación del injusto que no llega a su fin lesivo por causas ajenas a la voluntad del agente. Tales actos, en sí constituyen

"**BILLETES FALSOS, DELITO DE CIRCULACIÓN DE. EN GRADO DE TENTATIVA**. El delito de circulación de billetes de banco alterados emitidos en una nación extranjera, solamente alcanzó el grado de tentativa, si los billetes que pretendían ser puestos en circulación, fueron devueltos al activo por ser falsos".

Algunos actos preparatorios admiten formas unitarias de realización en relación con cualquiera de los tipos delictivos de la parte especial y, por consiguiente, son susceptibles de una definición e incriminación generalizadas. Tal es el caso de la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir, así como de la apología del delito y de los delincuentes. Según la opinión dominante, el desvalor específico que fundamenta la punibilidad de tales actos radica en el peligro especial que supone la implicación de otras personas en el plan delictivo, dado que los mismos tienen de común su finalidad captadora de voluntades.[277] La implicación de otras personas en el proyecto delictivo no supone sólo un esfuerzo de dicho proyecto con un incremento de las posibilidades de llevarlo a cabo, sino también que las personas que hayan sido implicadas en el plan decidan realizarlo independientemente de quienes idearon y expusieron el plan, es decir, que éstos pierdan el control de la situación y su capacidad de influencia en la paralización de la ejecución aún en caso de desistimiento.

En el momento en que se pasa a los actos de ejecución, naturalmente los actos preparatorios quedan absorbidos por éstos, ya que representan una etapa superior en el desarrollo del delito.

Al respecto, cabe registrar ya en el Código Penal de 1931, una clara posición en este sentido de PAVÓN VASCONCELOS,[278] al refe-

la entrada al núcleo del tipo y caracterizan a la tentativa, en cuanto son los medios idóneos o aptos para causar lesión en el bien jurídico tutelado, conforme a la determinación subjetiva previa adoptada por el activo y por circunstancias ajenas a éste no llegan a la meta propuesta. Ahora bien, cuando se trata de un delito contra la salud en la modalidad de suministro en grado de tentativa, debe considerarse que ésta no se integra si se le encontró al activo, en la revisión previa al ingreso al reclusorio, la droga recibida de un tercero, oculta en sus zapatos, la cual dijo pretendía llevar a un interno, pues dichos actos son por su naturaleza previos o preparatorios, cuenta habida de que ni siquiera pudo llegar al sitio donde iba a proporcionar al interno el estupefaciente".

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 85/97. Eloy Marcos Vázquez Arriaga. 19 de agosto de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: María Luisa Martínez Delgadillo. Secretario: Héctor Manuel Banda Flores.

[277] En tal sentido véase MIR PUIG, Santiago. Derecho penal, parte general..., pp. 330 y 332.

[278] *Cfr.* Breve ensayo sobre la tentativa..., p. 173.

rir que ha condicionado los actos de ejecución, elemento típico de la tentativa, a dos circunstancias: una de causalidad; otra en razón del tiempo; por la primera, se requiere que los actos ejecutivos se encaminen directamente a la realización del delito proyectado, esto es, que por su naturaleza se le vinculen íntimamente; dentro de esta técnica, no pueden reputarse como actos de ejecución, aquellos que por su ambigüedad no se pueden determinar en relación precisa con el delito que se va a cometer, o que por su naturaleza constituyen actos preparatorios. La segunda circunstancia demanda una concordancia, una contemporaneidad entre los actos de ejecución y el hecho mismo, en tal forma, que aquellos sean precisamente inmediatos a éste; requisito que descarta, notoriamente, una posible confusión entre actos preparatorios y actos ejecutivos, pues los primeros demandan forzosamente un transcurso de tiempo, que los segundos no requieren.

De acuerdo con el Código Penal Federal, estos actos de ejecución, son la tentativa, la frustración y la consumación.[279] Por otra parte, el problema fundamental en esta fase de exteriorización de los procesos subjetivos de la manifestación en comportamiento de la voluntad del sujeto, es decir, cuando se ha dado comienzo a la ejecución, es determinar cómo se pueden separar sustancialmente los actos de ejecución de los preparatorios.

Al respecto, la primera cuestión que debe mencionarse en relación con la regulación de los actos ejecutivos punibles es que se subsumen en un único concepto de tentativa. Según el artículo 12 del Código Penal Federal:

> "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a su voluntad".

La regulación del Código Penal Federal es unitaria de los actos ejecutivos punibles, sin embargo, no elimina la necesidad de distinguir, entre los dos grados de ejecución punible anteriormente mencionados, es decir, entre tentativa y frustración, que ahora, con una terminología paralela a la de la doctrina española y alemana, pueden denominarse, respectivamente: tentativa inacabada y tentativa acabada.

[279] A diferencia de otras legislaciones se distingue entre tentativa y frustración en vez de tentativa acabada e inacabada, conceptos que no son homologables completamente. Al respecto véase sobre las legislaciones comparadas en la tentativa GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, Tratado sobre la tentativa... pp. 105-107; MALO CAMACHO, Gustavo, Tentativa de delito..., pp. 136 y ss.

4. *La distinción entre tentativa y frustración*

En el Derecho Penal mexicano es tradicional esta distinción, contenida en el artículo 63 del Código Penal Federal, la cual se refleja en la determinación de la pena, al disminuir el grado respecto al delito consumado en la frustración, y en dos terceras partes en la tentativa.[280] Lo anterior, es acorde con la tesis:

> **"MULTA APLICABLE EN EL DELITO DE ROBO EN GRADO DE TENTATIVA CALIFICADO COMO GRAVE POR LA LEY (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).**—El artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal establece: "Al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio del Juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario...En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado." Del precepto transcrito se desprende que tratándose de delito de robo en grado de tentativa calificado como grave por la ley, la multa que se deberá imponer al responsable, de haberse consumado el delito, aun cuando ésta resultare inferior a la multa mínima establecida para el delito consumado, pues el tercer párrafo del artículo 63 resulta aplicable únicamente la pena de prisión, pero no a la multa. Por lo cual es incorrecto que el juzgador imponga la multa mínima prevista para el robo consumado, si de la operación aritmética correspondiente resulta un monto inferior a la pena mínima, prevista en la norma punitiva sustantiva".

Esta distinción se basa en una diferencia valorativa objetiva entre una y otra figura, por su proximidad a la consumación del delito. Sin embargo, el problema principal que se plantea en estos casos es si la terminación de la fase ejecutiva se debe precisar conforme a un criterio objetivo o subjetivo. Según lo expuesto anteriormente, el artículo

[280] Al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario.

En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuera determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior.

12 del Código Penal Federal atiende a un criterio objetivo-formal,[281] tanto para delimitar la diferencia entre acto preparatorio y acto ejecutivo como para diferenciar la tentativa de la frustración. En la tentativa, el responsable no practica todos los actos de ejecución; en la frustración, el responsable practica todos los actos de ejecución. En ambos casos, el resultado consumativo no se produce. Toda esta fase ejecutiva se determina por la percepción que, de los actos externos realizados, haga un observador imparcial.

Malo Camacho refiere que el Código Penal Federal ha prescindido de la distinción tradicional entre tentativa y frustración. Tanto el intento inacabado como el tradicional acabado fallido se incluyen ahora en el concepto legal de tentativa. Se extiende así el concepto de tentativa a todo el proceso de ejecución, desde su comienzo hasta su terminación sin consumación, siguiendo así el criterio dominante en Derecho comparado.[282]

El tipo de tentativa consta de los elementos siguientes:

a) en la parte objetiva, una ejecución parcial o total no seguida de consumación;
b) en la parte subjetiva, la voluntad de consumación, y
c) la ausencia de desistimiento voluntario.

Suprimido el resultado, que debe estar ausente en la tentativa y frustración, la primera es acción objetivamente incompleta, la segunda es actividad que podría, normalmente, haber satisfecho las exigencias del tipo principal. Por ello, en la frustración se ha pasado del comienzo de violación a la última actividad que debería consumar el tipo. Es pues ya un grado más en la figura. De frustración sólo puede hablarse en los delitos de resultado material; en los de carácter formal, la acción última es ya consumación: o quedan en el área del comienzo de ejecución o se consuman.[283] Así lo sustenta la tesis que se cita a continuación:

[281] En sentido opuesto Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho penal, parte general..., p. 273, refiriendo a Beling quien recurrió formalmente al tipo legal, sólo cuando es acto ejecutivo aquel que cumple con el comportamiento exigido por el tipo legal, en definitiva con lo que Beling denominaba el verbo rector. Con esto, sin embargo, se restringe excesivamente el campo de los actos ejecutivos, sobre todo en los tipos legales simples; sólo en los tipos legales complejos esta posición tendría una mayor flexibilidad y amplitud, es decir, los tipos legales que presuponen varios actos. En razón de esta restricción exagerada que imponía el adoptar esta posición respecto de los actos ejecutivos, no ha tenido mayor aceptación.

[282] *Cfr.* al respecto Malo Camacho, Gustavo. Tentativa de delito..., pp. 277 y ss.

[283] Palacios, Ramón. La tentativa..., pp. 214 y 216.

"**VIOLACIÓN. TENTATIVA DE, INEXISTENTE.** Si la violación dejó de producirse no por causas ajenas a la voluntad del agente, sino por propio y espontáneo desistimiento, de conformidad con el artículo 10 del Código Penal para el Estado de México que establece que si la ejecución del delito queda interrumpida por desistimiento propio y espontáneo del inculpado, sólo se castigará a éste con la pena señalada a los actos ejecutados que constituyan por sí mismos delitos, se desprende que la tentativa punible es un grado de ejecución directa e inmediata de un delito que no llega a su total consumación por causas ajenas a la voluntad del agente y si aparece demostrado que los actos ejecutados por éste no dieron origen a la consumación total del aludido ilícito por causas meramente voluntarias del sujeto activo su conducta no puede ser sancionada por aquél, sino por los actos ejecutados que trajeron consigo la perpetración del otro ilícito".

Fuera del ámbito objetivo, no hay ninguna diferencia entre tentativa y frustración. El dolo y los demás elementos subjetivos, así como la no consumación, son iguales, en una y otra. La relación entre estas dos, es de concurso de leyes, no cabe apreciar conjuntamente ambas, ya que la fase anterior queda absorbida en la posterior, salvo que se den interrupciones esenciales en la ejecución. Las dificultades de distinción teórica se solucionan en la práctica con las reglas de determinación de la pena, ya que, aún se califique como tentativa, se puede castigar como en la frustración, al rebajar la pena sólo en un grado.

5. *Delito imposible y tentativa inidónea*

El delito imposible se presenta cuando por inidoneidad del objeto, de los medios o del sujeto, no puede llegarse a la consumación del delito efectivamente intentado.[284] Junto a estos errores de carácter ontológico la doctrina admite otros nomológicos, es decir, aquellos que afectan el grado de conocimiento que el autor tiene acerca de las leyes de la experiencia.[285] Aunque *ex post* toda tentativa demuestra

[284] En sentido similar García García, Rodolfo. Tratado sobre la tentativa... pp. 97 y s.; Malo Camacho, Gustavo. Derecho penal mexicano..., p. 478; por su parte Wolter, Jürgen. Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*, en el sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, Tecnos, Madrid, España, 1991, p. 132, expone la cuestión de la <<burda falta de entendimiento>> en la tentativa inidónea debe resonderse de forma estrictamente objetiva por el juez, dado que el dolo del autor se ha agotado en su error sobre la idoneidad.

[285] Véase Serrano-Piedecasas Fernández, José Ramón. Fundamentación objetiva de la tentativa en el Código penal español, en Homenaje a Claus Roxin... p. 442.

no haber sido adecuada para consumar el delito, pueden distinguirse entonces (*ex post*), una vez que se conocen todas las características del hecho, las acciones que en un principio eran capaces de la consumación (aunque luego fallen por circunstancias posteriores) y aquéllas otras que aparecen como incapaces de lesión desde un primer momento. Sólo estas constituyen tentativa inidónea.[286]

Por lo que respecta a la denominación "tentativa inidónea" existen al menos dos posiciones. En primer lugar, que el comportamiento al que se refiere se trata de una tentativa de delito (término más general, del que la forma inidónea es una especie); más exactamente, de la tentativa de realizar un delito consumado, pues la tentativa ya es en sí una conducta delictiva. Como ello debiera tener la referencia del concepto de tentativa ofrecido por el Código Penal Federal es lógico que algún sector de la doctrina mexicana haya preferido el término delito imposible: si se sostiene que la forma inidónea que supone la imposibilidad de ejecución o de producción del delito (consumado) no está realmente comprendido en la definición del artículo 12 del Código Penal Federal, sería inapropiado considerarla como una clase de tentativa.[287]

Quien adopta un criterio normativo de delimitación entre lo idóneo e inidóneo del intento evita caer en una confusa e inacabable discusión acerca de la naturaleza ontológica del error. Discusión, por otra parte, nada fructífera, que nos recuerda las habidas entre los causalistas a propósito de las distintas formas de aparición de los cursos causales. Téngase en cuenta, que la distinción entre peligro real y putativo no puede hacerse depender de consideraciones ontológicas o nomológicas. Se trata, tan sólo, de circunstancias que integran el ámbito fáctico sobre el cual habrá de emitirse el juicio de peligrosidad y de peligro formulados en términos normativos.

[286] El concepto de tentativa inidónea que maneja CEREZO MIR, José. Derecho penal, parte general (Lecciones 26-40)...., pp. 128 y 129. La tentativa inidónea es la tentativa *ex ante* peligrosa según el juicio objetivo de una persona inteligente. El juicio de inidoneidad resultará positivo y la tentativa, por lo tanto, impune si esa persona inteligente (por ejemplo el juez), colocada en la posición del autor en el momento de la acción y teniendo en cuenta las circunstancias del hecho cognoscibles para esa persona inteligente más las conocidas por el autor y la experiencia común de la época sobre los cursos causales, apreciara, de acuerdo con la fórmula de Engisch, que la producción del resultado aparece *ex ante* como absolutamente improbable.

[287] Sin embargo, el adjetivo imposible estaría también anticipando el carácter no delictivo y consiguientemente amparando un pronunciamiento por la impunidad del comportamiento que así se califique, cayendo en una contradicción terminológica. Lo que es imposible no es el carácter delictivo de la conducta, sino la verificación del resultado que con ella se persigue. No es pues una buena alternativa semántica identificar la conducta como imposible, cuando sólo se trata de advertir la inidoneidad de las circunstancias en las que se desarrolla. En sentido similar véase el Boletín de información Judicial, año VI , núm. 57, p. 426. Sentencia del 12 de agosto de 1950.

Ello, sin embargo, expresa en términos suficientemente flexibles que no deba castigarse necesariamente la tentativa inacabada con la pena inferior hasta de las dos terceras partes. En efecto, el concepto de tentativa inacabada abarca desde el puro comienzo de la tentativa hasta el caso en el que sólo es preciso realizar un acto para culminar el proceso ejecutivo. De modo que puede excluirse que tentativas inacabadas merezcan sólo la atenuación en dos grados. Por lo demás, es obvio que este criterio debe combinarse con el siguiente para determinar finalmente el merecimiento y necesidad de pena de la tentativa en cuestión.[288]

Por un lado, puede referirse a la toma en consideración de los diversos grados de peligrosidad real que pueden concurrir en el caso por encima del mínimo de peligro suficiente *ex ante* para determinar la relevancia típica del intento; es decir, dar razón del aspecto cuantitativo del peligro.

Por otro lado, sin embargo, permite una interpretación que considere los diferentes grados de consenso sobre la peligrosidad de la conducta; desde esta perspectiva, se acogería el criterio de que en la conducta sobre la peligrosidad existe menos consenso, dándose en todo caso el mínimo suficiente de peligrosidad intersubjetiva para adquirir relevancia típica, es menos peligro y puede ser sancionada con una pena inferior.

6. *El desistimiento voluntario de consumar el delito*

El Código Penal Federal presenta una interesante técnica en materia de desistimiento de la tentativa, al señalar en el artículo 12:

> "Si el sujeto desiste **espontáneamente** de la ejecución o **impide** la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos".

De la referida regulación, cabe señalar, en principio, que la relevancia eximente del desistimiento queda condicionada a la concurrencia de los dos requisitos clásicos: el de voluntariedad y el de eficacia. La decisión de desistir debe ser voluntaria. Este requisito es expresamente por la ley a fin de que opere la impunidad. En consecuencia, la tentativa adquiere el sesgo de desistimiento cuando el

---

[288] Ver sobre la problemática del merecimiento y necesidad de pena DAZA GÓMEZ, Carlos. Teoría general del delito..., pp. 276 y s.

delito no se consuma por voluntad del autor. Por otro lado, se constata la existencia de dos modalidades de desistimiento:

a) La que tiene lugar por la vía de desistir en sentido estricto (desistimiento de la ejecución iniciada), y
b) La que se produce a través de impedir la producción del resultado. Luego, reciben mención expresa los supuestos de la denominada "tentativa cualificada", que obviamente no resultan abarcados por la exención de responsabilidad penal.

Si en nuestro ordenamiento penal, el desistimiento elimina a la tentativa, supondrá, en efecto, la desaparición de las razones político-criminales de la punición de la misma. Pero, en este aspecto, la cuestión decisiva es saber ¿cuándo aquélla existe y cuál es su contenido?[289]

La doctrina actual considera que el castigo de la tentativa no sólo presupone la prohibición de la conducta por su peligrosidad *ex ante*, sino también la necesidad de pena a la vista del hecho resultante *ex post*. El desistimiento voluntario no puede excluir la peligrosidad *ex ante* ni, por tanto, la prohibición de la conducta (también *ex ante*), pero sí pone de manifiesto un hecho resultante *ex post* que no hace necesaria la pena.[290]

Por su parte, DAZA GÓMEZ expone de manera precisa la diferencia entre tentativa y desistimiento al señalar: "reside en que aun cuando en ninguno de los casos se produce el resultado, en la tentativa esa no producción obedece a que por causas ajenas a su voluntad el autor no realiza todos los actos ejecutivos que deberían producir como resultado el delito; en el desistimiento, el resultado no se produce porque el autor no quiere que se produzca, su voluntad se dirige a la evitación del resultado.[291]

Es aplicable en este sentido la tesis siguiente:

> **"HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA. EN ÉL SE SUBSUME EL ILÍCITO DE LESIONES.** Si de las constancias de autos se desprende que la conducta desplegada por el sujeto activo, aunque produjo como resultado material un daño en la salud del pasivo, se

[289] En este sentido se postula Vidal, Humberto S. El contenido subjetivo del desistimiento voluntario, en Homenaje a Claus Roxin, Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales, Córdoba, Argentina, 2001, p. 483.

[290] Para que conduzca a la impunidad, el desistimiento ha de ser voluntario. Así se desprende del artículo 12 del Código Penal Federal, que en este punto coincide con el Derecho español y alemán.

[291] *Cfr.* Teoría general del delito..., p. 289.

> verificó por el activo desplegando actos tendientes directa e inmediatamente a privarlo de la vida, sin lograr su consumación por causas ajenas a su voluntad; incontrovertible jurídicamente resulta que el proceso penal que se le instruya debe seguirse por el delito de homicidio en grado de tentativa y no por el de lesiones dado que éste se subsume en aquél, al estar evidenciada la intencionalidad del sujeto activo y no constituir el citado resultado material sino un principio de ejecución del homicidio tentado".

La doctrina al respecto ha desarrollado dos teorías que intentan precisar cuándo ha de entenderse voluntario el desistimiento.

1. La teoría psicológica, parte de la fórmula de FRANK: el desistimiento es voluntario si el sujeto no quiere alcanzar la consumación a pesar de que puede, y es involuntario si no quiere porque no puede. El problema es que, según esto, en muchos casos el desistimiento debería considerarse voluntario cuando sin embargo, no parece en absoluto suficiente para la impunidad. Pero la restricción no resulta ni suficientemente fundada ni adecuada para excluir la impunidad en muchos casos. Por otra parte, se ha dicho que cuando ya no es posible realmente llegar a la consumación de la tentativa ha de considerarse fracasada, y de ella no cabe ya desistir, ni voluntaria ni involuntariamente.
2. La teoría valorativa sigue un camino distinto. Según este punto de vista, la voluntariedad del desistimiento sólo será estimable si obedece a un motivo susceptible de una valoración positiva.

Estas teorías doctrinales atienden mejor a las exigencias político-criminales que la sola interpretación psicológica de la voluntariedad. Sin embargo, aquéllas han de superar el obstáculo que representa la letra de la ley, que concede la impunidad a todo desistimiento voluntario, sin distinguir, y convierte en contra del reo la restricción del ámbito propio del desistimiento relevante.[292]

[292] Así, si por las razones político-criminales indicadas el desistimiento voluntario se entiende en el sentido estricto de desistimiento voluntario del plan imaginado: quien deja de disparar a su víctima ante la irrupción de la policía, desiste de la consumación cuando ésta todavía era materialmente posible, pero si lo hace es porque ya no puede realizar su plan tal como lo había imaginado (sin la presencia de la policía), por lo que no desiste voluntariamente de dicho plan (como en el caso de atentado terrorista). No sería desistimiento voluntario la decisión oportunista de abandonar la ejecución ante un cambio de circunstancias exteriores que hace que deje de interesarle según su plan.

De este modo, concurren dos requisitos en los delitos contra la salud:

a) La actividad delictual debe cesar por propia voluntad; así, cuando se desiste por creer próxima la intervención de la policía, no se puede hablar de desistimiento voluntario, y
b) No debe haber existido ningún tipo de posesión, pues en este caso se estima delito consumado.[293]

En el sentido originario indicado, se pronuncia acertadamente JOSHI JUBERT,[294] respecto a la solución de esta problemática, cree necesario aclarar los extremos siguientes:

---

[293] Por su parte, JOSHI JUBERT, Ujala. Los delitos de tráfico de drogas, p. 237, agrega un tercer elemento: "...es una institución aplicable tanto a las formas de imperfecta ejecución como a los actos preparatorios, en este último caso por vía analógica-analogía a favor del reo." Sin embargo, tal consideración no correspondería a un estado de legalidad, en nuestro país, que consagra el principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, en el artículo 14 constitucional: "*En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.*"; principio rector del sistema de enjuiciamiento penal en México, a virtud del cual, queda prohibido imponer por simple analogía o mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trate. Así queda consagrado el principio de exacta aplicación de la ley. En la terminología constitucional, la *analogía* es entendida, conforme a la Tesis de jurisprudencia 46/97, aprobada por la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de cinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete, al resolver la contradicción de tesis 19/97, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo del Décimo Segundo Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo: VI, Diciembre de 1997, Tesis: 1a./J. 46/97, Página: 217, en los términos siguientes:

"**APLICACIÓN EXACTA DE LA LEY PENAL, GARANTÍA DE LA, EN RELACIÓN AL DELITO DE VIOLACIÓN A LA SUSPENSIÓN.** El artículo 206 de la Ley de Amparo, al establecer el tipo del delito de desobediencia al auto de suspensión debidamente notificado y hacer la remisión, para efectos de sanción, al de abuso de autoridad previsto por el artículo 215 del Código Penal Federal, no es violatorio de la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, ya que **los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege***, en que **descansa dicha garantía**, se **refieren a que un hecho que no esté tipificado en la ley como delito, no puede conducir a la imposición de una pena, porque a todo hecho relacionado en la ley como delito debe preverse expresamente la pena que le corresponda, en caso de su comisión**. Tales principios son respetados en los preceptos mencionados, al describir, el primero de ellos, el tipo penal respectivo, y el segundo, en los párrafos penúltimo y último, la sanción que ha de aplicarse a quien realice la conducta tipificada. Así, la **imposición por analogía de una pena, que implica también por analogía la aplicación de una norma que contiene una determinada sanción, a un caso que no está expresamente castigado por ésta, que es lo que proscribe el párrafo tercero del artículo 14 constitucional**, no se surte en las normas impugnadas."

[294] Los delitos de tráfico de drogas, p. 240.

1. Si en los delitos de peligro abstracto y en los de mera actividad pueden castigarse los actos de imperfecta ejecución (respecto a los actos preparatorios punibles no hay problema puesto que el Código Penal prevé su expresa punición), ello obligará en primer término a definir los conceptos de tentativa y consumación.
2. Delimitación de las conductas que deben incluirse en el tipo básico de tráfico de drogas, al indicar el momento de su consumación.
3. Delimitación de las conductas que deben incluirse en el tipo de precursores, al precisar el momento de su consumación.
4. Indicar los supuestos de imperfecta ejecución y señalar el precepto que debería aplicarse.
5. Señalar los actos que podrían constituir conspiración, provocación y proposición para el tráfico de drogas y, en su caso, la delimitación con el delito de precursores.
6. Señalar qué actos podrían constituir actos preparatorios punibles relativos al delito de precursores.
7. Por lo que respecta al desistimiento de los actos preparatorios punibles, del cual merezca la impunidad tendrá que ser activo, de manera que contrarreste el peligro creado: deberá suponer la retirada completa de la aportación al hecho.[295] Pero ello no requerirá necesariamente impedir el delito, ni equivale a hacer todo lo posible para conseguirlo, que puede no ser suficiente o, al contrario, no ser necesario. Sin embargo, para JAKOBS,[296] la vinculación entre desistimiento y teoría de la imputación, debería conducirlo a revocarle al resultado la carta de ciudadanía concedida desde siempre en el concepto de ilícito, y revalidada por él como supuesto elemento de una mayor "externalización del ilícito".

IV. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Los sujetos activos del delito pueden llevar a cabo la conducta típica, bien sea dolosa o culposamente, de conformidad con el artículo 8º del Código Penal Federal, y en términos del penúltimo párrafo del artículo 168, del ordenamiento adjetivo de la materia y fuero.

---

[295] En el mismo sentido SANCINETTI Marcelo A. Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal... p. 181; ZAMORA-PIERCE, Jesús. El fraude... p. 197.

[296] Citado por SANCINETTI, Marcelo A. Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal... p. 180.

Estos dispositivos imponen la obligación de precisar las formas de autoría o participación, en concordancia con las formas de culpabilidad; máxime que, en términos del artículo 13 del ordenamiento sustantivo federal,[297] los autores o partícipes, responderán, cada uno, en la medida de su propia culpabilidad.

---

[297] Un excelente interlocutor es el Maestro Ricardo Ojeda Gándara, con quien sobre el tema y en relación al proyecto de reformas que el Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión en marzo de 2004, he coincidido en que dicha propuesta para modificar la fracción I del artículo 13 del Código Penal Federal, parece conveniente, puesto que, en efecto, dada su actual redacción pueden plantearse las disyuntivas mencionadas en la exposición de motivos del proyecto, consistentes en que parece —según el caso— que se trata de coautoría, de autoría mediata o de complicidad, lo que se presta no sólo a confusiones, sino, en el caso de la complicidad, repercute en aplicar una punibilidad atenuada con respecto a los autores. De ahí que opinamos que este complicado artículo, con la redacción que se propone, gana en claridad. El hecho de que las actuales fracciones VI y VII, que versan sobre casos de auxilio, se refundan en una sola fracción —que sería la VI— no tiene mayor relevancia, salvo la economía o la brevedad del articulado. La actual fracción VIII, que contiene la llamada "autoría indeterminada" o "complicidad correspectiva", pretende ser reubicada en un distinto artículo, que sería el 14 bis, en atención a que no se trata del tema de autoría y participación, sino de falta de pruebas y, por ende, de una regla especial de aplicación de la punibilidad, según menciona el proyecto. Pues bien, en el propio documento se acepta expresamente que ese es supuesto de falta de pruebas, y tal parece que la punibilidad atenuada que se le asocia al tema en comento, es un reconocimiento, que hace el legislador, derivado de que no existen pruebas plenas. No obstante, nosotros consideramos que, más que ser reubicada en un lugar adecuado al punto que contiene, es una fracción que debe ser derogada de nuestro ordenamiento penal, en virtud de que pugna con los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia, propios de los Estados liberales y democráticos de Derecho, en los que no es dable condenar a las personas cuando no se ha probado que actuaron culpablemente y en los que deben ser considerados inocentes, hasta en tanto no exista una sentencia ejecutoriada que establezca lo contrario, respectivamente, mismos que, en forma evidente son vilipendiados con disposiciones como la que venimos comentando. En alguna clase el profesor explicaba que esta desafortunada fracción era una especie de lotería, con la diferencia de que en aquel juego de azar existe la posibilidad de que alguien gane, pero con una norma penal de estas características, todos perdemos. Se propone una nueva fracción VII, en la que se incluirá la denominada "cooperación necesaria"; el argumento es de respetar el principio de legalidad y evitar que conductas periféricas al hecho principal, que en rigor son meras formas de auxilio, sean incluidas como coautoría, cuando, en realidad, merecen la sanción atenuada de la participación. De quedar como se propone, la fracción VI sería la siguiente: "Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión...", mientras que la VII establecería: "Dolosamente presten ayuda o auxilio esencial al autor para su comisión"; como se puede observar, la única diferencia es el agregado del vocablo "esencial" en la fracción VII, cuando el resto de las disposiciones son exactamente iguales. Para usar la misma terminología, consideramos que esta adición no resulta "esencial"; creemos que en las actuales condiciones no se vulnera el principio

1. *Autoría*

Parece difícil aceptar, que el artículo 13 del Código Penal Federal introduzca una definición legal de lo que haya de entenderse en general como autor de un delito. Su tenor no establece de modo taxativo quiénes *son* autores, y quiénes partícipes. En principio, al menos así parece, no tendría que ser difícil definir la autoría. No así, determinar quién ha sido autor en un determinado delito. Al hablar de autor nos referimos a quien realiza el tipo legal correspondiente.[298] Sin embargo, los hechos delictivos no son necesariamente obra de una sola persona. Por el contrario, suelen tomar parte en ellos distintos sujetos.[299]

---

de legalidad, puesto que se prevé con exactitud el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, en tanto que lo que se plantea es una pena "más justa" para estos casos. Esa "pena justa" —pensamos—, puede obtenerse conjugando adecuadamente los criterios imperantes respecto de la individualización de la pena y el principio, antes mencionado, de que cada quien responde en la medida de su propia culpabilidad (artículos 51 y 52, en relación al 13, penúltimo párrafo, del Código Penal), de manera que los juzgadores pueden, con los instrumentos con que ahora se cuenta, imponer la sanción adecuada a cada sujeto participante, aún en los supuestos de coautoría (es obvio que, al igual que en todo acto de molestia, se deberá cumplir la exigencia constitucional de motivar el porqué a un sujeto se le impone 'X' pena y a otro 'Y' pena). Además, el hecho de que la redacción entre la primera parte de la fracción VI y la VII sea tan idéntica, puede prestarse a indebidas aplicaciones de la ley, al quedar en manos del intérprete decir cuándo la participación en el hecho fue esencial y cuándo no llegó a ese nivel. En cuanto al artículo 64 bis, que regla la punibilidad privilegiada aplicable a los casos de participación, señala que en el caso de la fracción VI será hasta de dos tercios, mientras que, en tratándose de las fracciones V y VII será hasta las tres cuartas partes, desde luego remite al artículo 13, en concordancia con el delito cometido. La diferencia entre ambas disminuciones es muy poca; pensamos que disposiciones como ésta complican innecesariamente el manejo del Código Penal. ¿No sería más sencillo optar por una u otra de esas penas proporcionales —preferentemente la más benigna—?, sobre todo cuando no existe una razón de peso que justifique por qué en unos casos dos tercios y en otros tres cuartas partes.

[298] A veces se emplea la expresión "sujeto activo", pero como se ha destacado no se trata de conceptos iguales. La idea del autor lleva implícita la de responsabilidad criminal por el hecho acaecido, mientras que el sujeto activo es solamente la persona que realiza el comportamiento típico, persona que, como después veremos, puede ser o no ser catalogada como autor en el sentido indicado.

[299] En el mismo sentido CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Derecho penal mexicano, parte general, p. 479; CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho penal..., p. 293; DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Código Penal para el Distrito Federal comentado, p. 40; FIGUEROA VELÁSQUEZ, Rogelio M. El delito de lavado de dinero en el Derecho penal mexicano, pp. 393 y ss.; MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho penal mexicano, p. 487.

Esta circunstancia nos plantea importantes problemas, pues es preciso diferenciar los grados de responsabilidad penal a partir de las aportaciones que realicen cada uno de ellos, de tal forma que habrá sujetos que recibirán la totalidad de la pena prevista, mientras otros, al realizar contribuciones secundarias, estarán más alejados de los aspectos fundamentales del delito y, por ello, podrían llegar a recibir una pena menor y, por último, sujetos cuya responsabilidad penal es totalmente inexistente.[300]

Al margen de lo anterior, se puede acudir a conceptos de autoría de distinta naturaleza, pero del mismo modo que si no se incluyeran reglas especiales no sería punible la tentativa, tampoco sin esas reglas podría castigarse a personas distintas del autor, cualquiera que fuese considerado con tal carácter. Lo que no es aceptable, es entender que el artículo 13, fracción I, del Código Penal Federal contemple la "autoría intelectual". Se confunde, la autoría intelectual con la coautoría, es decir, el comportamiento que realiza el "autor intelectual", no es otro que el que se encuentra definido en el artículo 13 fracción I, o si se quiere aún, en la fracción IV, (llevar a cabo sirviéndose de otro).[301] Error que se comete, con el criterio sustentado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, visible en el tomo III, Segunda Parte-1, enero a junio de 1989, Octava Época, publicado en la página 157, del Semanario Judicial de la Federación, bajo la rúbrica:

> "**AUTOR INTELECTUAL, RESPONSABILIDAD PENAL DEL, INCLUYE LAS CALIFICATIVAS DEL DELITO EJECUTADO POR EL AUTOR MATERIAL.** El hecho de que el quejoso no haya sido autor material del robo, no es obstáculo para la configuración de las calificativas de violencias física y moral, en virtud de que no sólo de esta forma se puede ejercer violencia sobre alguna persona, sino también a través de otras, y al haber sido autor intelectual del delito resulta responsable también de las calificativas que matizan la ejecución del ilícito".

1. Diferencias entre autoría y participación. A lo largo de la evolución doctrinal se ofrecen diversas configuraciones de la codelincuencia. Al

[300] Naturalmente cuando sólo hay un interveniente en el delito, los problemas de identificación jurídica del autor se reducen notoriamente; por eso el estudio de la autoría es a la vez el estudio de la participación criminal, expresión referida al conjunto de personas que intervienen de uno u otro modo en la comisión del delito, y a la pena que les es aplicable en función de esa intervención.

[301] Este mismo criterio lo comparte GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, El tipo de autor y el tipo de participación, en Criminalia, año LXIV, No. 1, 1998, p. 144.

formular algunas teorías sobre la autoría y participación no siempre se tuvo en cuenta la existencia de la forma esencial y autónoma de autoría, que es la autoría mediata y coautoría.

La distinción entre autoría y participación es ajena totalmente al concepto unitario de autor; la discusión de si las figuras de la autoría y participación deben ser parte o no de la responsabilidad penal, ha quedado superada en la doctrina extranjera, de acuerdo con GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS,[302] al tratar estas figuras como tipos de autor y tipos de participación. En este sentido, todo tipo penal describe un comportamiento del autor, y el tipo de participación, el del partícipe. Por el contrario, LUNA CASTRO[303] difiere al señalar que la concepción del tipo de autor implica la idea de que para el Derecho penal, la conducta, por sí misma, tiene poco valor, entendiéndola tan sólo como "síntoma" de una personalidad relativa a un sujeto considerable, por tanto, como peligroso o "enemigo" para el sistema de Derecho.

La problemática para distinguir quién es autor y quién partícipe, según la concepción de GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS[304] es que, hay que atender al rol que cada uno realiza. Cada rol es distinto, el autor es "principal", y el partícipe "accesorio"; el autor realiza la conducta típica y el partícipe presta ayuda a que se realice dicha conducta típica. En sus diferencias ha habido múltiples discusiones dogmáticas, y no siempre se ha puesto de acuerdo la doctrina penal.

Lo anterior implica que los juzgados y tribunales federales en México analicen, en todas sus actuaciones que lleven a cabo, cuál debe ser el lugar sistemático de las resoluciones judiciales, la figura de la autoría y de la participación, sobre todo, cuando se pretende dar contenido a la figura procesal del cuerpo del delito y la "probable responsabilidad" a que se refieren los artículos 16 y 19 constitucionales;[305] 168 y 180 del Código Federal de Procedimientos Penales. Exis-

[302] El tipo de autor y el tipo de participación, p. 148.

[303] El concepto de tipo penal en México, p. 72, siendo diferente el tipo de acto, que corresponde a la consideración de que la conducta realizada por el sujeto es, en todo caso, el aspecto relevante para el Derecho penal, de tal suerte que lo sujeto a la conminación penal es ese comportamiento considerado perjudicial para los intereses o valores de la colectividad, independientemente de la personalidad de su autor, de tal suerte que el tipo sólo puede referirse a la descripción concreta de esa conducta que se prohíbe y no al autor del hecho.

[304] El tipo de autor y el tipo de participación, p. 149.

[305] Véase GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, El tipo de autor y el tipo de participación, p. 150. Sin embargo, grandes reparos causan todavía las interpretaciones que se hacen de los artículos 16 y 19 de la Constitución, cuando se trata de emitir resoluciones que afectan la libertad personal, como son las órdenes de aprehensión y los autos de formal prisión.

te, en consecuencia, el deber legal de fundamentar y motivar en la orden de aprehensión la forma de intervención del sujeto activo del ilícito en estudio, de no ser así, sería violatoria de garantías, tal y como lo expresa la tesis jurisprudencial XX. J/13, Tomo: IX, Febrero de 1992, Octava Época del Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, publicada en la página 91 del Semanario Judicial de la Federación, bajo la rúbrica:

"**ORDEN DE APREHENSIÓN, HIPÓTESIS EN QUE CARECE DE FALTA DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN LA.** La orden de aprehensión no cumple con los principios de fundamentación y motivación que todo acto de esa naturaleza debe contener, si únicamente analiza la existencia de los ilícitos que se atribuyen al acusado así como la responsabilidad presuntiva de éste en la comisión de los mismos, pero de ninguna forma razona sobre que los hechos denunciados puedan ser constitutivos de los ilícitos en mención ni precisa el grado de participación en la conducta desplegada por el sujeto activo en la comisión de dicho evento, toda vez que es al juzgador a quien corresponde determinar sobre la autoría o participación del infractor, asimismo debe invocar las disposiciones legales en que se encuentren previstos y sancionados."

Incluso, si el Ministerio Público en su pliego de conclusiones se abstiene de precisar la forma de participación del procesado y el juez soslaya tal omisión, el Tribunal de Alzada debe reponer el procedimiento a fin de que el órgano de acusación precise la forma de participación del activo.

Lo anterior, al tenor de la Jurisprudencia 1a./J. 53/2001, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página: 44, del tomo XIV, Octubre de 2001, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, en los términos siguientes:

"**CONCLUSIONES ACUSATORIAS. PROCEDIMIENTO A SEGUIR CUANDO SE FORMULAN EN CONTRAVENCIÓN A LOS ARTÍCULOS 292 Y 293 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES (FALTA DE CITA DEL ARTÍCULO 13 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL).** Una etapa importante del proceso penal la constituye la acusación, en la cual el Ministerio Público formula sus conclusiones, las que sirven para fijar el alcance de la sentencia y que el inculpado pueda responder a la acusación. Los citados preceptos 292 y 293 establecen los requisitos que debe satisfacer el representante social al formular sus conclusiones acusatorias, entre éstos, que se señale en proposiciones concretas la responsabilidad del acusado en la comisión del delito que se le atribuye, a fin de no dejarlo en estado de indefensión; para ello, el órgano acusador debe: a) citar el artículo 13 del Código Penal Federal, el cual define qué personas resultan ser autores o partícipes de un hecho delictuoso, especificando la fracción o fracciones en las que se estima se ubica la conducta del inculpado, b) razonar el porqué así se considera y, c) señalar las pruebas que demuestren su responsabilidad. La satisfacción total o parcial de estos requisitos por parte del Ministerio Público regulará el trámite a seguir por el juzgador, quien deberá optar por alguno de los siguientes procedimientos: 1. El Juez o tribunal dará vista con las conclusiones acusatorias al acusado y a su defensor para que las contesten y, continúe con el procedimiento: A) Cuando los referidos requisitos queden satisfechos en las conclusiones; B) Si se diera el caso de que se omita citar el artículo 13 o sólo la fracción o fracciones respectivas, pero sí se contienen los razonamientos tendientes a demostrar la responsabilidad del acusado y la relación de pruebas que los apoyen, de tal manera que quede claro a qué supuesto de los previstos en las diversas fracciones de ese precepto se refiere la acusación; C) Cuando no obstante que se cite el referido artículo 13 y la fracción o fracciones que se estimen aplicables, las razones formuladas para ubicar la responsabilidad y las pruebas que se mencionen para apoyarlas no se adecuen a las fracciones invocadas, sin embargo, no existe duda en cuál fracción o fracciones verdaderamente se ubica la conducta, pues en este supuesto sólo se está ante una cita equivocada de preceptos; 2. El Juez o tribunal tendrá por conclusiones no acusatorias (al no concretizarse la pretensión punitiva) las formuladas por el Ministerio Público y las remitirá con el proceso al procurador general de la República para que confirme o modifique dichas conclusiones, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 294 y 295 del código adjetivo penal en cita: A) Cuando en lo absoluto se satisfagan los requisitos mencionados en líneas precedentes; B) Si en las conclusiones sólo se cita el precepto 13 y la fracción o fracciones correspondientes, pero se omite razonar sobre la responsabilidad del inculpado; y C) Cuando las conclusiones fueren contra constancias (porque tampoco se concretiza la acusación), ya porque los razonamientos no se adecuen a las pruebas mencionadas, o bien, porque éstas, sólo si fueren trascendentales para fincar la responsabilidad, no correspondan a las que obren en el proceso; en esta hipótesis el juzgador debe señalar la contradicción. Si se diera el caso de que se está en cualquiera de los supuestos mencionados en los tres últimos incisos, el tribunal de apelación debe, en el supuesto de que el apelante sea el acusado, ordenar la reposición del procedimiento, para que el Juez de la causa proceda en términos de los artículos 294 y 295 del código adjetivo de la materia, atento lo dispuesto por los numerales 387 y 388, fracción XIII, del propio ordenamiento.

Las reglas mencionadas tienen como propósito otorgar la debida seguridad jurídica en el proceso penal y respetar la garantía de audiencia del inculpado.

Contradicción de tesis 8/94. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados (entonces) Primero y Tercero, ambos del Cuarto Circuito. 4 de abril de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: José Luis Vázquez Camacho.

Debe tomarse postura, respecto al criterio diferenciador entre el autor y el partícipe, en base a la cuestión desde un punto de vista ontológico o desde un punto de vista legal (artículo 13 del Código Penal Federal). El primero, presenta una diferencia clara (y deja de lado momentáneamente la regulación legal) entre el que quiere cometer el delito y el que coopera con él.[306] Por el otro lado, el punto de vista legal, consiste en que el legislador ha decidido considerar autores (lo que indica que no se quiere meter a dilucidar la cuestión teórica, sino que se limita a asimilarlos al autor a efecto de fijar su responsabilidad penal) a una serie de sujetos que ciertamente no lo son desde el punto de vista ontológico, tales como el cooperador necesario e incluso el inductor.[307]

Sin embargo, a efecto de encontrar el criterio de distinción entre el autor y el partícipe, hay que basarse en el concepto ontológico, como lo hace la dogmática penal; no obstante haya que seguir el concepto legal al imponer la pena, con lo cual es aplicable la tesis 884, pronunciada por la Primera Sala, Séptima Época, tomo II, parte HO, publicada en el apéndice de 1995 y visible en la página 564 con la rúbrica y texto siguiente:

"**HOMICIDIO CALIFICADO, AUTORÍA Y COPARTICIPACIÓN EN EL. (ARTÍCULO 292 DEL CÓDIGO PENAL ANTERIOR AL VIGENTE EN EL ESTADO DE OAXACA).** Es violatorio de garantías el fallo reclamado que impone al acusado la pena única de treinta años de prisión, prevista en la primera hipótesis del artículo 292 del Código Penal anterior al vigente del Estado de Oaxaca, considerándolo como autor material del delito de homicidio calificado, si no hay elementos suficientes para establecer si él fue uno

[306] La diferencia entre el enfoque ontológico y el legal es la misma que se ha venido señalando en temas anteriores entre la conducta (libre de valoraciones y, por tanto, desde un punto de vista ontológico) y las valoraciones jurídico-penales que comienzan con la tipicidad (y que por lo tanto, valoran la conducta desde un punto de vista legal).

[307] GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, El tipo de autor y el tipo de participación, pp. 159-161 y 165.

de los causantes materiales de las lesiones letales a las víctimas, pues es obvio que debe estarse a lo más favorable al procesado, y la pena a imponer es la de diez a veinte años de prisión, a que se refiere la segunda hipótesis del precepto legal citado, como participante en los hechos de esa naturaleza, por existir incertidumbre sobre la autoría material del procesado en su comisión, al ignorarse si infirió lesiones que causalmente fueron idóneas para producir la defunción de la víctima".

2. Formas de autoría. En atención a lo anterior, el artículo 13 del Código Penal Federal, y con apoyo en la doctrina y jurisprudencia, considera que los autores en sentido estricto son:

I. Los que acuerden o preparen su realización (autor intelectual).
II. Los que lo realicen por sí (autor material o directo).
III. Los que lo realicen conjuntamente (coautoría).
IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro (autoría mediata).

Por consiguiente, en la doctrina se planteó el problema de si nuestro legislador de 1871, quiso formular un concepto jurídico de autor,[308] pues para el Derecho penal todas las personas citadas en el artículo 13 eran autores en sentido estricto. En opinión de CARRANCÁ Y TRUJILLO,[309] el legislador era consciente de que al incluir a los inductores y cooperadores necesarios se apartaba del concepto vulgar de autor y por ello decía "son responsables de los delitos".[310]

Actualmente, el artículo 13 de la ley en comento, de conformidad a su nueva estructura a partir de la reforma por Decreto de 23 de diciembre de 1993, publicado en el Diario Oficial de 10 de enero de 1994, establece una distribución de las diferentes formas en las cuales intervienen los sujetos activos en la comisión de un hecho penalmente relevante, a diferencia de lo establecido en su regulación anterior, que dificultaba esta delimitación entre las formas de autoría y participación.[311]

[308] El Código Penal de 1929 siguió en todo lo anterior al de 1871, reproduciendo su texto con ligeras variantes (artículos 16 a 43 y 63, fracción IV, del Código Penal de 1929).

[309] *Cfr.* Derecho penal mexicano, parte general..., p. 482.

[310] Con más depurada fórmula el Proyecto de 1949 preceptúa: "Son responsables: I. Los que toman parte en la ejecución de los delitos; II. Los que inducen a otro a cometerlos; y III. Los que cooperan de cualquier modo a realizarlos" (artículo 13).

[311] En este sentido Díaz de León, Marco Antonio. *Código Penal para el Distrito Federal comentado...* pp. 42 y 43.

a. *Autoría directa o material*

La doctrina dominante mexicana estima que la fracción II del artículo 13 es el que define la autoría en sentido estricto:

"Los que lo realicen por sí".

La característica de la autoría directa o material en sentido estricto es el hecho de haber tomado parte en la propia ejecución del delito, siendo esta nota la que diferencia al verdadero autor de los otros partícipes.

La autoría directa o material, se presenta cuando el delito ha sido realizado por un único sujeto que tiene el dominio del hecho.[312] El comportamiento que personaliza al autor directo de las demás figuras en la autoría, está legalmente previsto en cada uno de los tipos penales, de la parte especial, del Código Penal Federal. De este entendimiento parece ser el amparo directo 962/87, cuya tesis está publicada en el Tomo I, Primera Parte-1, Enero a Junio de 1988, de la Octava Época, visible en la página 211, del Semanario Judicial de la Federación, bajo la rúbrica:

"**VIOLACIÓN Y ALLANAMIENTO DE MORADA. VALOR DEL DICHO DE LA OFENDIDA.** Si el acusado, sin motivo justificado ni orden de autoridad competente, y fuera de los casos en que la ley lo permite, se introduce furtivamente a la vivienda de la ofendida, sin permiso de ésta, y valiéndose de su fuerza física la golpea hasta dejarla inconsciente, para luego imponerle la cópula, resulta intrascendente que la víctima en su declaración inicial, diga desconocer al autor de tal agresión, si en su deposado rendido al día siguiente, de manera directa y categórica, señala al procesado como el autor de los ilícitos mencionados, aclarando que debido al golpe recibido había perdido el conocimiento, máxime si su dicho se justifica con el contenido del dictamen oficial, emitido por perito médico forense, en el cual se haya asentado que al examinar a la ofendida, en la fecha de su declaración inicial, se le apreció leve amnesia retrógrada, concluyéndose que las lesiones sufridas por ella en la cabeza, probablemente dejaron como secuela alteraciones de las funciones

[312] Sobre el particular consúltese Díaz Aranda, Enrique. Enriquecimiento ilícito de servidores públicos, Cárdenas Editores, 1999, pp. 137 y s., refiere que en la actualidad es indiscutible que el autor es "el que domina el hecho", que tiene en sus manos el curso causal, que puede decidir el si y el cómo. Díaz de León, Marco Antonio, Código Penal para el Distrito Federal comentado, p. 45.

mentales intelectuales, motrices, funcionales y amnesia; corroborándose lo anterior con lo expuesto por un testigo que, ante la presencia ministerial, expresó que cuando la ofendida recobró el conocimiento no recordaba quién la había atacado en su domicilio, pero al estar recuperada señaló al acusado como el autor de los ilícitos de que fue víctima".

Para tener por acreditada la responsabilidad penal, en los delitos culposos, se exige una causalidad de naturaleza normativa, lo que implica que no basta equipararla a un mero proceso de causa y efecto, sino comprobar la estricta y necesaria relación entre la violación del deber objetivo de cuidado que impone la ley y el resultado típico que se produjo. Así lo ha sustentado el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la tesis I.7o.P.7 P, Novena Época, Tomo XV, Junio de 2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta y visible en la página 643, en la que se destaca que la causalidad que se exige es de naturaleza normativa por derivar de una descripción legal, lo que implica que para tener por acreditada, la responsabilidad penal, no basta equipararla a un mero proceso de causa y efecto, sino comprobar la estricta y necesaria relación entre la violación del deber objetivo de cuidado que impone la ley y el resultado típico que se produjo.

A) *Concepto unitario de autor*

En la doctrina clásica, el concepto unitario se defendía como una primera respuesta doctrinal al problema de la pluralidad de sujetos en un hecho delictivo; consistente en la no diferenciación entre autores y partícipes, esto es, que todo participante en un hecho es autor del mismo y, en esa misma definición, no se describían distintas formas en que pudiera realizarse la autoría (entendida como concepto unitario formal).[313] Al pronunciarse el concepto unitario de autor, prevalece la teoría de la equivalencia de las condiciones,[314] y se consideraba que las aportaciones de todos los intervenientes en el hecho debían poseer una relación causal con el resultado,[315] es decir, recha-

[313] *Cfr.* Daza Gómez, Carlos, Teoría general del delito, p. 356, con toda claridad contra el concepto unitario formal-objetivo.

[314] En el mismo sentido se manifiesta Plascencia Villanueva, Raúl, Teoría del delito, p. 210; Hernández Plascencia, José Ulises, La autoría mediata en Derecho penal, Comares, Granada, 1996, p. 5.

[315] Una gran parte de la doctrina estima (al menos en Alemania), que el autor de los delitos imprudentes es el que contribuye causalmente al resultado lesivo, de forma, claro está, que tal resultado pueda serle imputado objetivamente a su acción.

za la distinción entre autor y partícipe, rechazo que acarrea consecuencias tan importantes como la negación de todo vínculo de accesoriedad entre las responsabilidades de los distintos participantes en el hecho,[316] estas circunstancias cobran especial relevancia en la aplicación de la pena, aludiendo a una respuesta con independencia de los postulados de la teoría de la participación, con única sujeción a los fines de la pena.[317] Este concepto unitario de autor, animado principalmente por el postulado político-criminal, de igual punición para todos los que intervienen en el hecho típico y fundamentado en la idea de causalidad de las intervenciones y su autonomía, ha encontrado eco en un sector doctrinal de nuestro país.[318] No obstante, "si quiere el hecho como hecho ajeno", debe ser tratado como partícipe. Las consecuencias de la nueva interpretación hicieron pronto evidentes el exceso en que se podía incurrir,[319] lo que considero criticable por las razones siguientes:

a) En primer lugar, la superación de las teorías que se asientan en el dogma causal han supuesto el abandono de estos planteamientos.
b) Por otra parte, no parece del todo adecuado considerar autores a quienes realizan aportaciones al hecho que no son relevantes, como el ejemplo de la tesis publicada en el Tomo II, Primera Parte-1, Enero a Junio de 1988, de la Octava Época, visible en la página 199, del Semanario Judicial de la Federación, bajo la rúbrica:

Es decir, lisa y llanamente la mayoría de la doctrina alemana acude a un concepto unitario a la hora de determinar quién es el autor de un hecho imprudente. Y curiosamente esa misma doctrina rechaza sin apenas excepciones ese concepto para los delitos dolosos. Esta idea pertenece a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, La autoría en Derecho penal, PPU, Barcelona, 1991, pp. 45 y s.

[316] PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Derecho penal mexicano, p. 533, refiere que si hubiéramos de tener presente los criterios absolutos de la causalidad y accesoriedad, nos sería imposible encontrar el fundamento de la responsabilidad del autor mediato y, aún en el caso de tener por afirmada esta cuestión, tendríamos que buscar solución adecuada a la actividad del cómplice, auxiliador o cooperador del autor material, por no serle aplicable la artificial concepción de la autoría mediata. Si el hecho material de homicidio, por ejemplo, realizado por un sujeto inimputable inducido por otro plenamente capaz, es calificado en la ley penal como delito (fracción IV del artículo 13), ello es prueba contundente de nuestra afirmación, (según PAVÓN VASCONCELOS).

[317] *Cfr.* PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, Teoría del delito, pp. 210 y s.

[318] Así ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Delitos contra la vida y la integridad corporal, Trillas, 1990.

[319] Véase MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho penal mexicano, p. 489.

"**ROBO, PLURALIDAD DE AUTORÍA INTELECTUAL EN DIVERSOS DELITOS DE. INCOMUNICABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD.** Si algunos sujetos idean y ejecutan robos por su cuenta y riesgo, y dicho actuar no tiene vinculación alguna con los concebidos y perpetrados por otro grupo delictivo al que pertenecen, el autor intelectual de estos últimos no es responsable de aquellos primeros, más aún si en unos y otros son distintos el objeto material y las circunstancias imperantes. En consecuencia, si unas personas acuerdan hacerlo y se apoderan ilícitamente de dos automóviles y tal proceder no guarda nexo alguno con los robos realizados por la otra banda de la que forman parte, el autor intelectual de estos eventos no es responsable de aquél, máxime si la conducta citada en primer término recayó sobre vehículos estacionados en la vía pública bajo el abrigo de la nocturnidad y los referidos en segundo término recayeron esencialmente en joyas y se manifestaron con violencia, mediante el empleo de armas de fuego y en viviendas ocupadas".

c) Se hace necesaria la distinción entre autores y partícipes, desde un punto de vista conceptual y también de cara a la pena a imponer. Con base en esta necesidad comienzan a aparecer las teorías diferenciadoras, que en definitiva son las que se han impuesto en nuestro ordenamiento jurídico.
d) En el delito hay autores, que son aquellos que violan directamente la norma y lesionan o ponen en peligro el bien jurídico protegido, y hay partícipes, que colaboran en el delito de otro.

B) *Concepto extensivo*

El concepto extensivo de autor, parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Entendido que desde el punto de vista lógico, todos los sujetos que aportan alguna intervención que afecta al hecho son igualmente causas del mismo, pero reconoce que la ley obliga a distinguir distintos grados de responsabilidad. Este criterio es apreciable en la tesis que sostuvo el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, en la octava época, tomo: VI, Segunda Parte-2, Julio a Diciembre de 1990, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, y visible en la página 642, con la rúbrica y texto siguiente:

"**RESPONSABILIDAD PENAL, LA TIENE QUIEN ACTÚA POR INSTRUCCIONES DE OTRO. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA).** Independientemente de que el inculpado haya actuado por indicaciones de sus coacusados y en función de su tra-

bajo, esto no lo excluye de responsabilidad delictuosa, cuando de las constancias de la averiguación aparece que fue él quien materialmente ejecutó la conducta ilícita, existiendo un nexo causal entre quien lo indujo a cometer el delito y la conducta de quien lo realizó materialmente, pues fue así como se obtuvo el resultado dañoso, por lo que no puede excluirse responsabilidad penal al quejoso, máxime que tanto el denunciante como los testigos presenciales de los hechos lo señalan como el autor material del ilícito que se le imputa, y conforme a lo previsto por el artículo 8º del Código Penal para el Estado de Tlaxcala, los delitos se presumen intencionales salvo prueba en contrario".

No obstante, los tipos legales de participación aparecen como "causas de restricción de la pena", puesto que sin ellas debería castigarse a todos los intervenientes como autores. La distinción entre autor y partícipe de un delito será bajo un plano subjetivo: será autor quien obre con ánimo de autor, será partícipe quien actúe con ánimo de partícipe. Es lo que se conoce con el nombre de "teoría subjetiva de la participación", que constituye el comportamiento usual del concepto extensivo de autor, ya que la idea de la causalidad, deja de constituir el principio conductor de la autoría para convertirse en un elemento más del tipo de lo injusto, el cual se instala la autoría en todo el ámbito del tipo.

Por ello, es indudable que la reproducida fracción II del artículo 13 del citado Código, comienza a brindar materiales valiosos para llegar al concepto legal de autor, al decir que son responsables del delito los que lo realizan por sí. En el Código Penal mexicano refiere BUNSTER, y sobre todo en lo que de reformado tiene a partir de 1984, priva claramente un propósito ordenador que, por desconfianza tal vez en la competencia profesional de la judicatura penal mexicana, raya en los límites de lo didáctico y lleva a disponer los preceptos en una secuencia imitativa de las exposiciones jurídicas sistemáticas.[320]

C) *Concepto restrictivo*

Parte de un principio opuesto al del concepto extensivo de autor, al distinguir las diversas formas de intervención, reduce el concepto de autor a las más importantes, agrupando en la noción de "partícipe" a los que han realizado un aporte secundario. Además, es preciso algo más que la causación, es decir, no todo el que interpone una

[320] BUNSTER, ÁLVARO. *El concepto de autor*, Escritos de Derecho Penal y Política Criminal, Universidad Autónoma de Sinaloa, México. 1994, p. 186.

condición causal del hecho realiza el tipo. Causación no es igual a realización del delito.

De acuerdo a este punto de vista RIGHI/FERNÁNDEZ, refieren que se debe distinguir entre dos grandes categorías:

a) Los autores, son quienes tienen el poder de decisión, porque dominan la causalidad, teniendo en consecuencia la posibilidad de decidir entre consumar o desistir del delito.
b) Los partícipes, realizan aportes para la comisión del hecho punible, pero carecen de ese poder.

Los comportamientos de los sujetos de ambas categorías no son asimilables, ya que tienen distinta gravedad: es socialmente más disvalioso el acto de disparar un revólver contra la víctima, que el de facilitar el arma, pues no corresponde a éste la decisión de matar.[321]

Sin embargo, las opiniones se dividen a la hora de precisar el criterio que debe decidir cuándo concurre una contribución de autor y cuándo una de partícipe. Distinguiéndose por consiguiente cuatro teorías: *subjetiva*, *objetivo-formal*, *objetiva-material* y la teoría del *dominio del hecho*.

La teoría subjetiva. Sostiene que el autor es quien quiere el hecho como propio, es decir que tiene "ánimo de autor". Por el contrario, el partícipe lo quiere como ajeno, es decir tiene "ánimo de socio".[322]

La teoría objetivo-formal considera, como todos los conceptos objetivos, que la distinción entre autor y partícipe ha de hallarse en el terreno de la aportación objetiva de cada uno al hecho. De acuerdo con ello, será autor quien haya realizado un acto ejecutivo típico, mientras que cualquier otra contribución material relegará al sujeto a la condición de partícipe.

[321] RIGHI, Esteban/Alberto A. FERNÁNDEZ. *Derecho penal...*, p. 291, por ello la escala de punibilidad del autor debería ser siempre más severa que la del partícipe, lo que no sucede en nuestro Derecho pues el artículo 45 del Código Penal las iguala en algunos casos. Pero esa equiparación no borra todas las diferencias entre ambas categorías, ya que el artículo 47 obliga a distinguir, al prever que el exceso del autor es más grave que la de un partícipe y consiguientemente de distinta entidad la culpabilidad de ambos; la distinción es necesaria para la individualización judicial de la pena.

[322] *Cfr. Ibidem* p. 293. La teoría subjetiva se suele complementar con el criterio del "interés", según el cual el partícipe realiza el hecho en el interés del autor. Este criterio fue dominante durante muchos años en la jurisprudencia alemana, siendo actualmente poco utilizado pues conduce a soluciones inaceptables. Así por ejemplo, considerar que es cómplice quien comete de propia mano un homicidio por encargo de un servicio secreto extranjero; o interpretar que es cómplice y no autora la mujer que mata a un recién nacido a pedido de la hermana parturienta, porque no quería el hecho como propio.

Ejemplo: Es autor quien clava el puñal en el pecho de la víctima, quien toma el dinero de la caja; también quien sujeta a la mujer en la violación o amenaza con un arma a la víctima de un robo mientras toma el dinero otro coautor.[323]

La teoría objetivo-formal tropieza con las siguientes dificultades:

a) En los delitos cuyo tipo sólo requiere expresamente la causación de un resultado, sin medios típicamente determinados, puesto que no viene a ofrecer ningún criterio que permita distinguir entre mera causación y autoría, por lo que conduciría a la misma amplitud del concepto extensivo de autor.
b) Ante la figura de la autoría mediata.
c) En la coautoría, cuando alguno de los intervenientes principales no realiza ningún acto típico en sentido estricto.

Pero en el tercer caso, aún en los supuestos de coautoría, hay también hechos en los que el coautor no realiza ningún acto de los descritos en el tipo penal. Por ejemplo, si A se agacha para que D, subido sobre él, pueda entrar por la ventana de una casa, A no realiza ninguno de los actos descritos en el artículo 381, párrafo primero, del Código Penal Federal, y además de la denuncia de la víctima, es importante destacar las confesiones de cada uno de los sujetos activos del delito de robo. En este sentido es aplicable la tesis jurisprudencial de la Primera Sala de la SCJN, correspondiente a la Octava Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo: I, Primera Parte 1, Enero a Junio de 1988, y visible en la página 199, bajo la rúbrica y texto siguiente:

> "**ROBO. DIVISIÓN DEL CONCURSO REAL DE DELITOS PARA LOS EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD.** Cuando los activos confiesan con uniformidad haber participado en la comisión de un número determinado de robos y hasta detallan con precisión las circunstancias de modo, tiempo, espacio y ejecución de cada uno, y coetáneamente omiten referirse a su autoría en la producción de otro de esos ilícitos, producción que sólo descansa en la aislada denuncia del ofendido, quien ni siquiera formula una imputación directa contra aquellos, el concurso real homogéneo debe dividirse para considerar que los acusados son responsables de los diversos delitos que admitieron pero no del simplemente denunciado".

[323] Ejemplo aportado por Mir Puig, Santiago. *Derecho penal, parte general*..., p. 363, afirmando que éste es el planteamiento dominante en España, aunque con frecuencia presuponiendo criterios propios de la teoría objetivo-material. En Alemania, en cambio, ha sido abandonado.

La *tesis objetivo-material*. Al igual que la anterior, busca la separación entre partícipes y autores en función de aportaciones objetivas. Pero en lugar de acudir al criterio de la aportación ejecutiva "típica", tan insuficiente o angosta, sostiene que autor es el que aporta la contribución más importante, en cierto modo en la línea de la llamada causalidad eficiente. Siendo el principal criterio, la contribución material de cada partícipe en el hecho. Según ella, será autor el que aporta la contribución más importante, mientras que es cómplice el que contribuye con aportaciones de mínima trascendencia.

Los defectos de esta tesis también se pueden ver con facilidad: ante todo, y al igual que la anterior, deja fuera del ámbito de la autoría al autor mediato; cuando la importancia de la aportación no se dice en qué modo ha de entenderse. Además, se desconoce la importancia de lo subjetivo en orden a caracterizar la trascendencia de cada una de las contribuciones al hecho y tampoco cabe aplicarla en los casos de autoría mediata ya que el autor mediato no pone ningún acto material, ni de poca ni de mucha importancia. Por último, poco sirve la fórmula que utilizan de la "mayor importancia objetiva" para distinguir la autoría de la participación, porque no se puede deducir desde el puro terreno objetivo la diferencia entre causa y condición.

De lo anterior se deduce que predomina entre nosotros un concepto restrictivo de autor. En México la tesis objetivo-formal goza de cierta aceptación, pues se le quiere ver consagrada precisamente en la disposición legal de que son autores todos los que "lo realicen conjuntamente" (artículo 13, fracción III, del Código Penal Federal, pero no define la autoría, sino cierta forma de coautoría).[324] Por otra parte, la aceptación sin discusiones de un concepto restrictivo de autor implica asimismo el reconocimiento de una accesoriedad limitada para la participación, lo que se deriva de diversos preceptos del Código Penal Federal.[325]

Teoría del dominio del hecho. Las deficiencias de los conceptos objetivos de autor hicieron que la doctrina buscara otros modos de formular la autoría. No bastó acudir a fórmulas eclécticas, pues tam-

[324] En Alemania ha sido abandonada la tesis objetivo-material. En España se utiliza esta teoría para distinguir el cooperador necesario del artículo 28, párrafo 2.b), del cooperador no necesario (cómplice) del artículo 29.

[325] *Cfr.* sobre esta postura Figueroa Velásquez, Rogelio M. *El delito de lavado de dinero en el Derecho penal mexicano*..., p. 194.

poco éstas resuelven estructuras de responsabilidad como la autoría mediata, los finalistas propusieron el concepto de dominio del hecho como único válido para identificar al autor.[326] Ahora bien, el criterio del dominio del hecho no es un principio universal que permita definir la autoría en todos los tipos de delito, sino que los criterios definidores de la autoría deben ajustarse a las particularidades de cada tipo penal. Con carácter general, pueden distinguirse dos clases de tipos de delito: los delitos de dominio y los delitos consistentes en la infracción de un deber. Los primeros, que son realmente la mayoría de delitos de la parte especial, se rigen por el criterio del dominio del hecho, mientras que en los segundos, la autoría se determina, además, por el criterio de la infracción del deber, estos últimos delitos son aplicables a las conductas delictivas en los órganos de administración, ejemplo de esto son los delitos fiscales previstos en el Código Fiscal de la Federación. Por tanto, puede decirse que el dominio del hecho es la regla general y los demás la excepción.

En nuestro país es cada vez mayor el número de autores que defienden la teoría del dominio del hecho, al seguir fundamentalmente los planteamientos de WELZEL y ROXIN.[327]

Esta tesis, con independencia de las diversas matizaciones que se le hacen por sus diferentes defensores, sostiene: autor del delito es la persona que consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho, que tiene el dominio o señorío sobre el curso del mismo, dominio que se manifiesta en lo subjetivo porque lo orienta a la lesión de un bien jurídico y, en lo objetivo, porque goza del poder de interrumpir en cuanto quiera el desarrollo del hecho.

El concepto de dominio del hecho admite distinciones, que nos permiten poder hablar de:

[326] Si prescindimos de autores más antiguos que se referían ya al dominio del hecho, el primer defensor de la teoría del dominio del hecho fue LOBE en la 5ª ed. del "*Leipziger Kommentar*" de 1933, es decir, unos años antes de la irrupción del finalismo. Pero, esta teoría se conoció realmente y tuvo aceptación creciente cuando Welzel la desarrolló en congruencia con su concepción final de lo injusto. Pero la elaboración más completa y definida de la misma fue llevada a cabo por Roxin a comienzos de los sesenta en su magistral obra "*autoría y dominio del hecho*"; momento a partir del cual fue aceptada de forma casi absolutamente mayoritaria por la doctrina alemana y de manera considerable en la española.

[327] *Cfr.* BUNSTER, Álvaro. *Escritos de Derecho penal y Política Criminal*..., pp. 174 y ss.; Daza Gómez, Carlos. *Teoría general del delito*..., p. 359; DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*..., p. 139; GÓZALES-SALAS CAMPOS, Raúl. *El tipo de autor y el tipo de participación*..., p. 155; PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del delito*..., p. 212.

1. Un dominio de acción (realización por sí de la acción típica);
2. Un dominio de la voluntad (propia de la autoría mediata), y que puede provenir: de la coacción ejercida sobre el autor inmediato (que no debe confundirse con aquellos supuestos en los que existe la falta de acción del instrumento, por ejemplo de fuerza física irresistible o de otra forma análoga, ya que no daría lugar a autoría mediata sino a autoría directa); del aprovechamiento del error del autor inmediato; del empleo de un inimputable; y de la utilización de un aparato organizado de poder.
3. De dominio funcional del hecho, basado en la división del trabajo, que sirve de fundamento a la coautoría.

El término instrumento de su voluntad, hay que entenderlo en sentido estricto, esto es, que la ejecución directa aparezca como obra del hombre de atrás o autor mediato, de cuya voluntad es un ejecutor-instrumental otra persona. Se extrae de lo anterior que en la autoría mediata el instrumento o autor inmediato no es responsable, salvo el supuesto señalado de quien actúa dentro del sistema organizado de poder. Según ROXIN, "este criterio es discutido incluso entre los defensores de la teoría del dominio del hecho, pero admite autoría mediata de la persona de atrás en casos de creación o aprovechamiento de un error de prohibición evitable y en casos de órdenes en el marco de aparatos organizados de poder, aunque en estos supuestos también quien obra inmediatamente es responsable como autor".[328]

Los supuestos de autoría mediata por medio de la utilización de aparatos organizados de poder, son considerados por ROXIN como aquellos en que alguien se sirve a la ejecución de un plan de ejecución para una organización jerárquicamente organizada.[329] Siguiendo con los fundamentos de ROXIN, nos propone los ejemplos siguientes: las bandas de delincuentes, de organizaciones políticas o militares o de organizaciones estatales como las que generó el nacional-socialismo alemán. Así, quien actúa la palanca del poder y da las órdenes, domina el suceso sin coacción ni engaño, pues puede introducir a cualquier otro que intercambiablemente realice la acción. La determinación al hecho del ejecutor no puede ser detenida, como en el caso de un hecho individual, mediante oposición o resistencia. Dado entonces, que el dador de la orden reemplazaría al ejecutor inmediatamente,

[328] *Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión*, Sobre el estado de la teoría del delito, Civitas, Madrid, España. 2000, pp. 159 y 160.

[329] *Cfr.* ROXIN, Claus. *Autoría y participación en el Derecho penal*..., p. 63.

mantendrá en sus manos la realización del hecho. Por regla él no sabrá quien actuará en el caso concreto como "órgano ejecutivo".[330]

De lo anterior podemos referir, las consecuencias que presenta la teoría del dominio del hecho:

a) Siempre es autor quien ejecuta por su propia mano todos los elementos del tipo;
b) Es autor quien ejecuta utilizando a otro como instrumento (autoría mediata);
c) Es autor el coautor, que realiza una parte necesaria de la ejecución del plan global (dominio funcional del hecho), aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero participando en todo caso de la común resolución delictiva.

Como se ve, la teoría del dominio del hecho permite combinar el punto de partida del concepto restrictivo de autor con una cierta flexibilidad que dé cabida en la autoría no sólo al ejecutor material, sino también a la autoría mediata y a casos de coautoría sin un acto típico en sentido estricto.

En definitiva, la teoría del dominio del hecho delimita con carácter general la autoría de la participación (en los delitos de dominio) en función de que se detente o no tal condición: autor es quien domina el hecho típico, mientras que partícipe es quien realiza un aporte al hecho, sin llegar a dominarlo. Baste ahora con señalar muy brevemente que, desde este punto de vista, el elemento determinante de la autoría es el concepto de realización del tipo, cuya precisión corresponde al criterio del dominio del hecho. Además, este criterio no puede definirse de forma fija, sino que se trata de un concepto abierto que se concreta en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes, por lo que admite ser descrito, más que una definición exacta. Por ello, el dominio del hecho muestra distintas formas de aparición que fundamentan correlativamente las tres formas de autoría: el dominio de la acción (autoría inmediata), el dominio de la voluntad (autoría mediata) y el dominio funcional (coautoría).[331]

---

[330] *Idem.*

[331] Se le llama autoría funcional según DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Código Penal para el Distrito Federal comentado*, p. 46, "porque con ello se quiere decir que los agentes intervienen en el evento criminal mediante funciones esenciales o necesarias que aportan, para la realización en común de la acción típica, implicando esto, precisamente, la parcial colaboración de varias personas en la comisión del delito; sin embargo, una aportación segmentada y penada como la coautoría, aunque formalmente no sea parte de la acción típica, habida cuenta aquélla se refiere no

b. *Autoría mediata*

El artículo 13, fracción IV, del Código Penal Federal señala:

"Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro".

La *autoría mediata* es una forma de autoría, de modo que el autor mediato domina el hecho y posee las características especiales de la autoría, lo cual presupone necesariamente la intervención de dos personas como mínimo. Por un lado, aparece el "hombre de atrás" o "persona de atrás" o "titiritero", que es quien realiza el hecho a través de otros, sin tomar parte en su ejecución material. Por otro lado, está el que ejecuta inmediatamente el hecho, al que se conoce como instrumento[332] humano, intermediario o, simplemente, "hombre de adelante" o "títere".

A partir de estas premisas, múltiples son las definiciones que sobre el autor mediato nos brinda la dogmática jurídico-penal.[333] Por ejemplo, el que pide a otra persona que le alcance la cartera que olvidó en una mesa, no obstante que tal cartera no es suya, no "se apodera de la cosa", como requiere la definición del robo (artículo 368 del Código Penal Federal), pero realiza instrumentalmente ese tipo, con ello logra la misma infracción de norma y ofensa del bien jurídico,[334] que prevé el artículo 13, fracción IV, del Código Penal

---

únicamente a una ejecución compartida de actos que se realizan, en sentido objetivo-formal, como porciones pertenecientes a la acción típica, sino, entiéndase bien, a que varios agentes reparten entre sí el dominio del hecho en la etapa de su realización, por lo cual la Doctrina Penal ha llamado a esta intervención compartida en la coautoría, como codominio funcional del hecho".

[332] La palabra "instrumento", sin poseer un significado jurídico concreto, logra expresar de forma muy gráfica en qué se basa esta forma de autoría, pues refleja la idea de instrumentalización de una persona por otra, aludiendo, así, directamente la estructura de la realización de un hecho a través de otro, por lo que se suele reservar este término para los casos efectivamente calificados de autoría mediata.

[333] La teoría del autor mediato fue elaborándose por la doctrina penal italiana, a partir de la Edad Media, sobre la base de la figura del "*Mandat*". El primer concepto de autoría mediata lo encontramos con STÜBEL, en 1928, como reemplazo del de "causante intelectual". Siendo la fundamentación moderna del concepto de autoría mediata.

[334] Sobre el particular GRÜNHUT, explica: "que el bien jurídico indica aquella exigencia de garantía a la que debe atender la conminación penal y, con ello, no un general fin, sino el interés necesitado de tutela característico de cada singular tipo delictivo. El concepto de este particular objeto protegido tiene relevancia en la sistemática del delito, pero, sobre todo, constituye un medio auxiliar para desentrañar

Federal, por eso se entiende que su comportamiento es directamente subsumible en el tipo, con independencia de que haya tipos (como es el caso del abuso sexual) en los que sea inconcebible la autoría mediata.

En un primer momento, la teoría surge, como consecuencia de la accesoriedad extrema imperante en la dogmática penal, que exigía que el hecho principal fuese típico, antijurídico y culpable, por lo que los autores que inducían a inculpables resultaban impunes. Para evitar, esta laguna de impunidad se elaboró la autoría del autor mediato, que sin embargo, una vez asentada la accesoriedad limitada (el hecho principal debe ser típico y antijurídico, siendo culpable individualmente de cada partícipe), se mantuvo, "porque ha quedado demostrado que esencialmente se trata de casos de autoría".

El rasgo fundamental de la autoría mediata reside en que el autor no realiza personalmente la acción ejecutiva, sino mediante otro (instrumento),[335] y lo que caracteriza el dominio del hecho es la subordinación de la voluntad del instrumento a la del autor mediato.

El término "instrumento de su voluntad", hay que entenderlo en sentido estricto, es decir, "que la ejecución directa aparezca como obra del "hombre de atrás" o autor mediato, de cuya voluntad es un ejecutor-instrumental otra persona". Se extrae de lo expuesto que en la autoría mediata el instrumento o autor mediato no es responsable, salvo el supuesto señalado de quien actúa dentro de un sistema organizado de poder.

el sentido de los preceptos penales: representa una substantivización, una abreviatura del pensamiento de fin", citado por POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Universidad de Sevilla, España, 1974, p. 149.

[335] En la autoría mediata, en referencia al concepto de "instrumento" *cfr.* entre otros BÜNSTER, Álvaro. *Escritos de Derecho penal y Política Criminal*..., pp. 169 y ss.; CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho penal mexicano*..., p. 481; refería que el "*medio que opera como instrumento no debe ser una persona a su vez incriminable no dolosa ni culposamente, por el delito ejecutado, pues de lo contrario sería la inducción o instigación por la cual se hace que otro plenamente responsable, ejecute el hecho en que consistió el delito*"; DAZA GÓMEZ, Carlos. *Teoría general del delito*..., pp. 365 y s; DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*..., p. 138; FIGUEROA VELÁSQUEZ, Rogelio M. *El delito de lavado de dinero en el Derecho penal mexicano*..., pp. 406 y 407 principalmente; GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. *El tipo de autor y el tipo de participación*..., p. 160; por su parte MALO CAMACHO, Gustavo. *Derecho penal mexicano*..., p. 490, únicamente refiere al "autor mediato", como el que se vale de otro; PAVÓN, VASCONCELOS, Francisco. *Derecho penal mexicano*..., p. 541, denomina al autor mediato, "*al que para la realización del delito se vale, como ejecutor material, de una persona exenta de responsabilidad, bien por ausencia de conducta, por error o por ser un inimputable*"; PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del delito*..., p. 213.

c. Coautoría

El artículo 13, del Código Penal Federal, no da una definición de lo que ha de entenderse como coautores, por ende, consideramos oportuno entender que los coautores son los que de *mutuo acuerdo realizan conjuntamente un hecho*.[336] También puede entenderse como una pluralidad de sujetos que se reparten funcionalmente la ejecución de un hecho. En estas definiciones se recoge un elemento objetivo: la realización en conjunto del hecho como propio; y otro subjetivo; el mutuo acuerdo colectivo. Si éste no se diese, se estaría ante autorías independientes; como sería el caso de que dos sujetos vertiesen veneno en la taza de café de un tercero, sin saber nada ninguno de los dos sobre la actuación del otro; resulta ejemplificativa la tesis XIV.2o.15 P, del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito que corresponde a la Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, ubicada en el Tomo IV, Septiembre de 1996, y visible en la página 626:

> "**COPARTICIPACIÓN DELICTIVA. SU EXISTENCIA REQUIERE ACUERDO ENTRE LOS PARTÍCIPES.** Para que se acredite la coparticipación delictiva en un concurso eventual de agentes, es menester que exista consenso en todos los individuos que tomarán parte en la perpetración del injusto, evidenciándose de esta manera su deseo de delinquir y, por ende, el dolo en cada uno de ellos. La cuota de participación puede ser previa, concomitante o posterior a la consumación del delito, pero sea cual fuere la elegida, la nota esencial de la misma estriba en la voluntariedad y el nexo psíquico que debe haber entre los que participan para la producción del resultado típico, circunstancia que no se actualiza cuando, por ejemplo, alguien se presenta a un lugar donde se está cometiendo un ilícito sexual, limitándose sólo a observar, sin que exista prueba de acuerdo previo o de que de alguna manera hubiese cooperado o ayudado para que se materializara la infracción, ni tampoco exista evidencia de que hubiera puesto condición para la ejecución del antijurídico, debiendo concluirse en tal caso, que no se puede fincar responsabilidad penal a título de copartícipe, toda vez que no existe nexo causal entre la conducta y el resultado".

El coautor al igual que el autor, es para PAVÓN VASCONCELOS, quien realiza la actividad, conjuntamente con otro u otros, descrita en la ley. Indebidamente se habla de coautor pues éste, en rigor

[336] *Cfr.* en sentido similar DAZA GÓMEZ, Carlos. *Teoría general del delito*..., p. 362.

técnico, es un autor.[337] Por el contrario, el concepto de PLASCENCIA VILLANUEVA, es al momento en que varias personas concurren en la realización de un delito común, todos son calificados como coautores, ésta es una forma de autoría, sin embargo, sus límites y características habrán de variar con respecto a la autoría. Por ello, agrega PLASCENCIA VILLANUEVA,[338] que se habla de coautores cuando se realiza conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho, en tal virtud, son autores porque cometen un delito entre todos. Los coautores distribuyen la realización del tipo de autoría, pero como ninguno de ellos lo realiza completamente, no puede considerarse partícipe del hecho del otro.

A este tenor, la Primera Sala de la SCJN, en tesis 236/1995, ha sostenido:

> "**PARTICIPACIÓN DELICTUOSA.** El concurso eventual de agentes en el delito requiere no sólo de la participación material en la acción típica, bien realizando la propia acción en unión de otras personas o auxiliando en alguna forma a su realización, sino además la existencia de un propósito común consciente ejecutado en forma voluntaria, con el cual se liga el acto de partícipe, cualquiera que sea su calidad, con el del autor material."

Sin embargo, en el delito de despojo no es indispensable el acuerdo previo para la configuración del delito señalado, como es el caso que sostuvo el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, en la tesis V.2o.3.P, Tomo: I, Junio de 1995, Novena Época, visible en la página 411, bajo el rubro:

> "**COAUTORÍA EN EL DESPOJO. CASO EN QUE NO SE CONFIGURA.** La circunstancia de que el quejoso hubiera ocupado un inmueble que fue materia de un ilícito de despojo, luego de realizado éste, no lo convierte en responsable de tal delito, puesto que debe tenerse en cuenta que el despojo fue un ilícito de lesión, doloso y de comisión instantánea, ejecutado por persona diversa al inculpado, sin que exista acuerdo entre ambos para contribuir a mantener su efecto".

En el mismo tenor, la tesis jurisprudencial sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, visible en el tomo: IX, Mayo de 1992, Octava Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, visible en la página 407, bajo la rúbrica:

[337] Véase PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Derecho penal mexicano...*, p. 542.

[338] *Cfr.* PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *La teoría del delito...*, p. 217.

> "**COMPLICIDAD NO ACREDITADA.** Si no quedó debidamente demostrada la participación del quejoso en la ejecución y consumación del robo, que denote la existencia de un acuerdo previo entre éste y su coacusado para apoderarse de un objeto, la responsabilidad del quejoso como coautor no queda acreditada".

En la coautoría rige el principio de accesoriedad de la participación (del que se hablará más adelante, en el tema de la participación), precisamente porque no se trata de participar en un hecho ajeno, sino por el contrario, de ejecutar entre varios un hecho que todos ellos tienen como propio.[339]

Por su parte, MALO CAMACHO habla sobre una "coautoría sucesiva", donde se establece una cierta división del trabajo que lleva a la comisión del injusto y en donde quienes intervienen no realizan el acto completo por sí mismos, sino que cada uno realiza una parte, de tal manera que entre todos se ejecuta en su conjunto el delito.[340] La coautoría sucesiva es dable hasta la ejecución en los delitos permanentes, siempre que el delito no se haya agotado.[341]

Dicho de forma muy resumida, coautor es quien interviene en la división del trabajo[342] durante la fase de ejecución del hecho (punible), presta una contribución que desempeña una función independiente y esencial, escasa, desde la perspectiva *ex ante* del espectador objetivo, que supone un codominio (positivo y material) del sí y del cómo de la co-realización del tipo penal, adoptada mediante un acuerdo o decisión conjunta en el marco del plan delictivo global (acordado y final), concurren también las cualidades personales y especiales exigidas por el correspondiente tipo.

DÍAZ DE LEÓN,[343] basa el codominio del hecho en las siguientes circunstancias para producirse:

a) Sea consecuencia de un acuerdo conjunto a realizar el hecho; a través de una deliberación común se ligan funcionalmente

[339] Véase en el mismo sentido PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *La teoría del delito...*, p. 217, al referirse que en la coautoría no rige el principio de la imputación por la accesoriedad de la participación, según el cual, el partícipe sólo es punible cuando existe un hecho antijurídico del autor, sino el principio de la inmediata imputación recíproca de las distintas contribuciones al hecho.

[340] Véase MALO CAMACHO, Gustavo. *Derecho penal mexicano...*, p. 490.

[341] *Ibídem*, p. 491.

[342] En el mismo sentido DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos...*, p. 140.

[343] DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Código penal para el Distrito Federal comentado...*, p. 47.

las diferentes aportaciones al hecho: uno de los coautores sujeta al pasivo mientras el otro lo hiere con un cuchillo; cada una de las aportaciones está unida a la otra, a través de una división de funciones delictivas acordadas en la deliberación conjunta.

b) La aportación que haga el coautor sea objetiva, pues, es únicamente a través de esta forma de aportación (objetiva) que se puede establecer que alguien ha intervenido con dominio del hecho y por tanto como coautor. Esta circunstancia corresponde a una exigencia directa de esta fracción III del artículo 13 del Código Penal Federal, al señalar: "*los que lo realicen conjuntamente*".

En razón a lo anterior, el Tribunal Colegiado del Décimo Circuito, sostiene el criterio publicado en el tomo V, segunda parte-1, enero a junio de 1990, del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, en la página 127, al tenor siguiente:

> "**COAUTORÍA DELICTIVA.** La coautoría exige que los intervenientes se vinculen recíprocamente mediante un acuerdo en común de realizar el hecho, debiendo asumir cada uno de ellos un cometido parcial necesario para la totalidad del plan, que les haga aparecer como titulares de la responsabilidad por la ejecución del hecho y el acuerdo, puede ser previo o concomitante y es precisamente este acuerdo, lo que determina la cooperación consciente y querida que exige la coautoría para que la responsabilidad gravite sobre todos los intervenientes".

ROXIN asume la tesis de la autoría mediata, desde que en 1963 desarrolló un trabajo sobre la autoría en casos de aparato de poder de organización estatal, ha opuesto a la tesis de la coautoría fundadas objeciones: 1) falta de decisión de realizar conjuntamente el hecho, pues, generalmente, en los delitos en el ámbito de los aparatos organizados de poder el que ordena y el ejecutor no se conocen; 2) no se da una ejecución común, pues el "burócrata" no ejecuta nada por sí mismo, "no se ensucia las manos", sino que sirve del órgano ejecutor; esta tesis de la coautoría elude la decisiva diferencia estructural entre autoría mediata y coautoría, consistente en que la autoría mediata está estructurada verticalmente (en el sentido de un desarrollo de arriba abajo, del que ordena al ejecutor), mientras que la coautoría lo está horizontalmente (en el sentido de actividades equivalentes y simultáneas). Lógicamente las objeciones valen para el caso de que se estime que la coautoría requiere en todo caso la interven-

ción mediante un aporte esencial durante la fase de ejecución del delito y se haga coincidir el comienzo de la ejecución con el comienzo de la tentativa del delito concreto, como parece exigir la teoría del dominio del hecho y una adecuada delimitación entre autoría y participación (particularmente con la cooperación necesaria).

Resulta de gran interés la postura de PORTE PETIT, al realizar el estudio de la complicidad en los delitos contra la vida y la salud personal, ya que refiere: "la complicidad correspectiva, que se ha dicho constituye un 'juego de lotería aplicado a la justicia penal', se encuentra reglamentada en el Código Penal de 1871. El Código Penal de 1929, estableció las mismas hipótesis en su artículo 976, adoleciendo igualmente este precepto del defecto de referirse exclusivamente a la riña. Sin embargo, se corrigieron las omisiones del artículo 558, fracción I, del Código de 1871."[344]

La jurisprudencia nacional ha sostenido, a este respecto que el acuerdo previo es determinante para la coautoría, verbigracia las tesis: VI.2º. V329/1994; 325/1995; 1.2º.P.J/18/1990;

Hoy en día, el criterio relevante y decisivo es la colaboración, en una posición equivalente y concertada de división del trabajo-cooperativo en el hecho típico, el poder comunicativo de las conductas en la causación dirigida al hecho conjunto. Además, para apreciar el dominio de configuración equivalente y concertado, tiene que considerarse la relación con el hecho y si tiene eficacia en la comisión del mismo. En los casos de causación del resultado equivalente pero no concertada, en conductas dolosas, no se da una contribución imputable como coautoría. Antes bien, hay que probar si, y en qué medida, concurren las condiciones de la autoría inmediata o mediata, en cada uno de los autores individuales, en estas condiciones concurre la figura inexistente de la autoría accesoria.

Por consiguiente, comete el hecho como coautor, quien lo realiza en colaboración, a través de una contribución relevante, de acuerdo con el contexto del delito, en dominio de configuración equivalente y concertado, por medio de un hacer positivo o de una omisión que infringe el deber, tal y como lo prevé la tesis correspondiente a la Octava Época por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, tomo VIII, septiembre de 1991, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, en la página 107.

> "**COAUTORÍA, CONFIGURACIÓN DE LA, EN EL DELITO DE FRAUDE.** Aun cuando el acusado no haya sido el autor de la

[344] PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud corporal*, Porrúa, México, 1994, p. 66.

falsificación de los cheques con los que se cometió el fraude, si intervino en otra fase de la comisión de ese delito que previamente había sido concertado entre varios coacusados, es claro que resulta responsable del mismo en los términos del artículo 13 del Código Penal Federal, por haber cooperado de consuno con los demás al resultado delictivo".

Cuando el tipo requiere que el sujeto activo cuente con alguna calidad específica, ésta no le es exigible al copartícipe. Así lo ha sostenido la tesis I.3º.P.44P, correspondiente a la Novena Época Instancia, de los Tribunales Colegiados de Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: X, Agosto de 1999, visible en la página: 740.

"**COPARTÍCIPE EN EL DELITO PREVISTO EN LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 112 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO**. El delito previsto y sancionado en el artículo 112, fracción V, de la Ley de Instituciones de Crédito, requiere en primer término, que el sujeto activo del delito sea empleado o funcionario de una institución de crédito, y que éste autorice operaciones a sabiendas de que resultarán en quebranto del patrimonio de dicha institución; siendo pertinente mencionar que el activo del delito es el que ejecuta la conducta típica. Por otra parte, el artículo 13 del Código Penal Federal menciona quiénes son autores o partícipes del delito, pero no establece que todos ellos sean sujetos activos, sino que extiende la responsabilidad del ilícito a los partícipes; por tanto, es inexacto que estos últimos deban reunir una calidad específica en los tipos penales que así lo requieren. Ahora bien, si en el caso se acreditaron los elementos típicos del ilícito antes aludido, porque un empleado o funcionario de la institución de crédito ofendida, autorizó operaciones a sabiendas de que resultarían en quebranto del patrimonio del banco y también se acreditó que para la ejecución del ilícito contribuyó persona diversa que no tenía la calidad de funcionario o empleado de la institución de crédito, como fue un tarjetahabiente, es evidente que la responsabilidad de este último resulta como copartícipe del activo del delito, conforme lo establece la fracción III, del artículo 13 antes mencionado, pues es obvio que debe responder por su conducta dolosa, en congruencia con el grado de su culpabilidad."

2. *Participación*

La naturaleza del comportamiento del partícipe ha sido objeto de una larga polémica. La discusión radica en decidir si el partícipe realiza una provocación o favorecimiento del hecho del autor, o bien, si existe un tipo que le afecta directamente, de forma individual y específica (tipo de participación).[345] La doctrina ha rechazado mayoritariamente esta última posición, que se basa en afirmar que el delito del partícipe es independiente (delito de participación),[346] autónomo y desligado del injusto del autor principal.

En razón a lo anterior, el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, sostiene el criterio publicado en el tomo IV, segunda Parte-1, correspondiente a julio a diciembre de 1989, del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, en la página 352, al tenor siguiente:

"**PARTICIPACIÓN DELICTUOSA, EXISTENCIA DE LA**. El artículo 13 del Código Penal Federal amplía la base típica del delito a todas aquellas conductas accesorias a que hace referencia, extendiendo la tipicidad hasta los últimos límites de la causalidad, al encuadrar dentro de su estructura acciones tales como el acuerdo y preparación del hecho criminoso; este dispositivo legal no exige del partícipe su intervención directa en la fase ejecutiva del evento lesivo, puesto que entonces se daría la figura de la coautoría material, sino únicamente que de manera consciente se realice una de las acciones enunciadas por la norma invocada con objeto de que se actualice el resultado dañoso".

De este modo, JAKOBS refiere que el fundamento de punición puede ser que el autor haga posible el injusto de otro: el hecho ajeno es entonces el resultado de la acción de participación (teoría de la participación en el injusto en sentido propio). La dependencia jurídico-positiva del injusto de la participación con respecto al injusto del hecho principal no cabe explicarlo bien con este fundamento de punición, ni sobre todo, tampoco, la posibilidad de participación punible del *extraneus* en el delito especial: el injusto del autor es el resultado del comportamiento del partícipe.[347]

---

[345] En el mismo sentido, GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. *El tipo de autor y el tipo de participación*..., p. 162, al inferir que el partícipe no realiza la acción típica, no da lugar su acción a un tipo autónomo, sino a un tipo de participación, es decir, a un tipo de referencia.

[346] Véase FRANCO GUZMÁN, Ricardo. *El concurso de personas en el delito*..., p. 16, la participación propiamente dicha es la complicidad, por lo tanto, emplearemos en forma indistinta los vocablos complicidad y participación, considerándolos como conceptos sinónimos; de igual manera PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Derecho penal mexicano*..., p. 527.

[347] JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*..., p. 795, por eso, según esta solución, la relación propia del partícipe con el resultado del hecho principal tendría que ser irrelevante: constituiría injusto la intervención del *agent provocateur*, injusto

Sin embargo, hay importantes argumentos para considerar que la solución acertada es la opuesta, en el sentido de afirmar que los tipos penales van dirigidos directamente a los autores y solamente por extensión alcanzan a los partícipes.

En la adopción de una u otra teoría está en juego el fundamento que se otorgue a la participación.

Teoría de la culpabilidad de la participación. Para ésta, el fundamento de la punibilidad del partícipe respecto de la corrupción del autor, se encuentra en la influencia de aquél en éste, de lo que se deriva su culpabilidad y su pena. De esta manera, la medida de la culpabilidad del partícipe depende de la existencia y medida de la culpabilidad del autor.[348]

Teoría de la causación. El punto de partida de esta teoría es la incidencia causal del partícipe en la realización del hecho.[349] La circunstancia de que el aporte causal de aquél se canalice a través del autor, determina su mayor distancia respecto del resultado, luego, su menor punibilidad. Si lo esencial es el aporte causal, la tipicidad de la conducta del autor desaparece como requisito y, en consecuencia, la participación se convertiría en un delito autónomo, es decir, perdería su naturaleza accesoria.[350] De esta teoría se deduce que la voluntad del partícipe se debe dirigir a la ejecución del hecho principal, y que este hecho requiera para su configuración del dolo.[351] El

pleno sería, asimismo, la determinación conjunta de un hecho que afecta (por error) a bienes disponibles del propio partícipe; finalmente, también la participación (necesaria) de la persona protegida por la norma habría que tratarla como injusto.

[348] La teoría es comúnmente rechazada en la medida en que no se compagina con un sistema legislativo en el que la culpabilidad del partícipe es independiente de la del autor.

[349] La vía de solución de la teoría de la causación discurre en sentido opuesto: No es el injusto del autor lo que se le imputa al partícipe, sino la causación del resultado por el partícipe mismo, la causación de aquel resultado que constituye el resultado del hecho del autor.

[350] También esta teoría es insostenible en el Derecho vigente porque choca con el requisito de la dependencia o accesoriedad del hecho del partícipe de otro principal; en contra GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. *El tipo de autor y el tipo de participación...*, p. 163 al señalar que es la teoría aceptada por la doctrina mayoritaria.

[351] En nuestra doctrina consúltese Pavón Vasconcelos, Francisco. *Derecho penal mexicano...*, p. 528, normalmente se identifica la participación con el problema de la causalidad, pues la interpretación del delito, coloca su particular actuar en el rango de condiciones que, en conjunto producen el resultado típico. Tal identidad ha sido exagerada, pretendiéndose que el mismo criterio privatista en la causalidad, es eficaz para resolver los problemas de la participación. Como simple ejemplo, invocamos el artículo 58 del Código de Noruega, el cual partiendo de la idea de la equivalencia de las condiciones otorga el carácter de partícipe a quien interviene en el delito con anterioridad, concomitantemente o con posterioridad a él, sin establecer criterio alguno de exclusión, lo que notoriamente lleva a grandes errores.

desvalor de la conducta del partícipe consiste en colaborar en la violación de la norma por parte del autor.[352]

Teoría de la participación del ilícito. La participación consiste, según ella, en la violación de la prohibición de impulsar o apoyar otro hecho prohibido. Tal prohibición está contenida en las disposiciones particulares de la participación y no en las normas de la parte especial. La participación está dirigida a la lesión del mismo bien jurídico que el hecho principal.

En el pasado, la teoría de la accesoriedad tuvo gran aceptación, tal como fue formulada en un principio.[353]

1. Formas de participación. En rigor técnico, cualquier grado de participación se constituye sobre la base de un acuerdo previo entre los sujetos que participan en el delito para llevar al cabo su ejecución y consumación, estableciéndose entre ellos no una mera relación material, sino psíquica, que es, precisamente, la que funda la aplicación de las penas. No basta pues, que en el hecho se haya participado en orden puramente causal por cuanto se haya constituido una condición del resultado, sino que es indispensable, además, para hablar con propiedad de codelincuencia, participación o concurso de agentes en el delito, que exista un querer común consciente.

En todo caso, la forma o grado de participación incluye a todos aquellos que de cualquier modo auxilian o cooperan con los autores, tanto en el plano intelectual como material, a la preparación o ejecución del delito. No así en el caso que destaca la tesis aislada VI.1o.P.164 P, emitida por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, novena época, Tomo: XIV, Diciembre de 2001, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta y visible en la página: 1802, al tenor siguiente:

> "**RESPONSABILIDAD PENAL DEL PARTÍCIPE RESPECTO DEL DELITO EMERGENTE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).** De la interpretación de las fracciones I a la IV del artículo 22 del Código de Defensa Social del Estado, se deduce que el partícipe de un hecho ilícito no es responsable respecto del delito

[352] En tal sentido DAZA GÓMEZ, Carlos. *Teoría general del delito...*, p. 396; DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos...*, p. 145; GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl. *El tipo de autor y el tipo de participación...*, p. 164; MALO CAMACHO, Gustavo. *Derecho penal mexicano...*, p. 492; PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del delito...*, p. 221.

[353] Al respecto consúltese por todos PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *La teoría de la participación. El delito de la accesoriedad en el Derecho penal*, Tecnos, Madrid, España. 1990.

emergente cuando el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal, que el nuevo delito no sea una consecuencia necesaria o natural del delito principal o de los medios concertados, que no haya sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito, y que no haya presenciado la ejecución del nuevo delito o que, en caso contrario, haya hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo; lo que significa que al partícipe de un injusto penal no se le considerará responsable por el delito emergente, siempre y cuando se pruebe que concurrieron todos los supuestos que enumera el artículo 22 antes mencionados y no sólo alguno de ellos".

De igual manera, en los dos anteriores grados se incluye, en algunos códigos, el encubrimiento, a pesar de que recibe tratamiento especial como delito autónomo al ser tipificado en el libro segundo del Código Penal, referente a los delitos en particular.

a. *La instigación o inducción*

Inducir es determinar a otro dolosamente a un hecho doloso.[354] Por su naturaleza, requiere de una actividad decidida del instigador y dirigida a la psique del realizador, constituyéndose el primero en el causante intelectual del evento punible, que emplea una senda a través del alma de otro.[355] La fracción V del artículo 13 del Código Penal Federal establece: "*los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo*". Dado que la inducción es punible en tanto que el comportamiento al que se induce, en la interpretación ha de distinguirse completamente de la complicidad.[356] Para evitar semejantes desbordamientos, una corriente doctrinal extendida requiere una influencia espiritual sobre el inducido por parte del inductor, para ello alude a una comunicación verbal o de otro tipo, ejemplificativo resulta la tesis del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, Tomo XI, mayo de 1993, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, visible en la página 281:

> "ACUERDO PREVIO. NO ES REQUISITO INDISPENSABLE PARA QUE SE ACTUALICE LA COPARTICIPACIÓN DELICTIVA. La participación delictiva, por autoría intelectual o determinación dolosa a delinquir, no necesariamente requiere de la existencia de

[354] La interpretación de la expresión "determinar" es difícil y polémica.
[355] En tal sentido MEZGER, Edmundo. *Derecho penal, parte general...*, p. 324.
[356] También el cómplice necesario "determina" en sentido amplio al hecho, ya que convierte la voluntad antes incapaz de realizar el hecho del autor en capaz de realizarlo, y así, sólo entonces, en dolo penalmente típico.

> un acuerdo anterior a la comisión del ilícito, ni siquiera que sea expreso, pues tal concierto puede ser concomitante al hecho y de naturaleza tácita entre los participantes, o bien, a través de una autoría por instigación o determinación dolosa a la comisión del delito, dado que el nexo psíquico causal entre el inductor con el autor material del antisocial se traduce, en una instigación o determinación que con plena conciencia de su acción, mueve el ánimo del ejecutante para concretar el resultado típico y reprochable, que es lo que se requiere para punir el hecho. Consecuentemente no constituye condición *sine qua non* el acuerdo previo entre el inductor y el autor material del delito para que pueda actualizarse la coparticipación delictiva".

No hay que pasar por alto la postura de PLASCENCIA VILLANUEVA[357] al referir, que la expresión puede aceptarse con la reserva de que la relación entre inductor e inducido se verifica a través de la motivación y no mediante una genuina relación de causalidad. El inductor hace surgir en el inducido los motivos extraños a él que le determinan a la comisión del delito. Los medios son múltiples: la amenaza o el halago de bajas pasionales, el ofrecimiento de un precio o recompensa si ejecuta el hecho, la promesa de una retribución posterior de cualquier clase, el abuso de una situación de preeminencia que comporta otra sumisión del inducido, como puede ser la patria potestad.

En la inducción deben distinguirse tres situaciones con relación al dolo, que se vinculan tanto con la acción de instigación como con el hecho que es su objetivo.

1.- El inductor debe actuar con dolo directo en cuanto a la instigación misma; debe dirigir su comportamiento directamente a convencer al tercero sobre la comisión del hecho de que se trate. Para que ésta exista debe haber un propósito y una determinación específica de parte del inductor, en cuanto a influir psíquicamente en un tercero para determinarlo a la ejecución de un evento, lo que a nuestro juicio descarta la posibilidad de dolo eventual.[358] Estimamos que no procede aceptar esta alternativa como delictual, pues la expresión del pensamiento, en cualquier forma que se haga, siempre importa un mensaje cuya recepción puede provocar las más dispares

[357] *Cfr. Teoría del delito...*, p. 221.
[358] Fundamentar la alternativa del dolo eventual, como lo hacen los que están en pro del mismo, en la circunstancia de que la mayor parte de los instigadores no tiene seguridad de la eficacia de la inducción, es plantear equivocadamente la cuestión, tanto porque en general ningún delincuente puede estar seguro de la eficacia de su actividad, cuanto porque esto es secundario en el dolo eventual, pues la duda debe estar en el resultado de la acción, cosa distinta.

reacciones en otra persona, aun las de tipo delictivo. Imputar esta reacción a título de dolo eventual afectaría profundamente a las libertades de pensamiento y expresión.

2.- Como la inducción se refiere a un hecho concreto, el dolo del inductor bien debe alcanzar a ese hecho, sin que sea fundamental que el inductor precise ese evento en todas sus circunstancias; basta con las características fundamentales y que tenga conciencia de su antijuridicidad, a pesar de que no es necesario que conozca su punibilidad.

3.- No hay instigación de hechos culposos como piensa algún sector de la doctrina. El paradigma que plantea del pasajero que impone una velocidad antirreglamentaria al chofer que lo conduce, no permite calificar a aquél como inductor del cuasidelito que cause el chofer. Si hubo inducción, sólo fue en cuanto a la infracción reglamentaria, pero nada más; sin perjuicio de que su conducta pueda considerarse como una culposa causación del resultado producido por el ejecutor material y, en tal sentido, ser punible a título de culpa, pero por su propia acción, y no por participar en la del chofer.

La praxis muestra que en ocasiones el inductor configura comunicativamente una resolución en el inducido, que admite más de una posibilidad de ejecución congruente. Ciertamente, no es en este ámbito infrecuente el que se provoque una resolución en el inductor que contenga múltiples variantes de realización. En efecto, el influjo psíquico configurador de la resolución, característico de la inducción, se propaga necesariamente por medios comunicativos.[359] Estos medios, normalmente verbales, aunque no se excluye el empleo de otra clase de signos (escritos, actos concluyentes), transmiten al inducido el mensaje del instigador. Sin embargo, su contenido semántico no es directamente traducible en calificaciones jurídicas. Ello, genera en principio dos clases de problemas. Por una parte, será fuente de posibles supuestos de error. Y por otra, la que aquí interesa, obligará a delimitar ya en este ámbito las variantes de ejecución que objetivamente se derivan del mensaje utilizado. Así, por ejemplo, si el inductor le transmite al inducido mensajes del tipo siguiente: "consigue el objeto cueste lo que cueste", "a toda costa", "a cualquier precio", la dificultad principal radicará, en un primer momento, en determinar objetivamente el abanico de posibilidades de realización de la resolución provocada. Como cuestión

[359] En sentido similar DAZA GÓMEZ, Carlos. *Teoría general del delito*..., p. 369, "es la persona que determina a otro a que ejecute la acción punible, comunicándole su idea en este sentido".

previa, el juez deberá constatar en el contexto situacional dado, el alcance posible de tal mensaje, que aquí bien puede abarcar objetivamente desde un robo, pasando por un fraude, hasta unas lesiones o incluso un homicidio. En estos casos, la ejecución de cualquiera de estas posibilidades debería considerarse objetivamente congruente. Únicamente cuando hayamos delimitado lo objetivamente imputable, deberemos pasar a analizar si el inductor abarcó subjetivamente todas estas variantes.

Por otra parte, para que haya inducción, el ejecutor tuvo que haber sido totalmente ajeno a la idea de realización del hecho; puede haber estado inclinado a hacerlo, pero lo que se requiere es que la influencia del inductor haya sido decisiva y significativa para decidirlo; en otros términos, la inducción no necesariamente debe ser la única causa por la cual el inducido actúa, pero sí debe ser determinante.

No son nada simples las cuestiones que se presentan en este ámbito, especialmente en el suicidio, pues no reducen al análisis de la intervención activa de terceros en el suicidio de otro, que, a falta de una disposición expresa y al no responsabilizarse jurídico-penalmente al suicida, impide ya castigarlos como partícipes.

Al respecto, la postura de HERNÁNDEZ PLASCENCIA, es ante todo, la de precisar cuál es la posición jurídica del tercero ante la autolesión de otro, trata de provocar una respuesta respecto a si existe o no un deber jurídico de impedirla, previo a ello, resuelve cuestiones, incluso, de orden constitucional, como son la disponibilidad de los bienes jurídicos individuales por sus portadores y el papel que jugaría en estos supuestos la dignidad de la persona humana.[360] Por su parte, DÍAZ ARANDA, realiza una acuciosa investigación con las formas de intervención en el suicidio. En primer lugar analiza un sector de la doctrina que considera la conducta como una forma de participación a partir de la idea de que "el dominio del hecho corresponde al suicida, por lo que la conducta del autor es la de un partícipe en el hecho de otro. Se auxilia para que otro se suicide".[361] El otro sector doctrinal afirma que la conducta del sujeto activo es de autor y no de partícipe —explica DÍAZ ARANDA— "puede sostenerse, sin caer en contradicciones, que el que ejecuta el suicidio de un tercero es un autor o, en todo caso, un coautor y no un mero partícipe en el hecho

[360] HERNÁNDEZ PLASCENCIA, José Luis. *La autoría mediata en Derecho penal*... pp. 213 y 214, véase también JAKOBS, Günther. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999.

[361] DÍAZ ARANDA, Enrique. *Del suicidio a la eutanasia,* Cárdenas Editores, México, 1998, pp. 204-205.

de otro".[362] Aclara el autor que el punto de partida de ambas posturas es la teoría del dominio del hecho, si bien es cierto, es la postura de la mayoría en España (por ser realizada la investigación en ese país), no es la única sobre la autoría y participación. Por consiguiente este autor sostiene que de acuerdo con el análisis del artículo 409.2 del Código Penal español, y por la naturaleza de la conducta del sujeto que "ejecuta la muerte" es autor en sentido estricto".[363] Por supuesto que el análisis del artículo 312 del Código Penal Federal corresponde a otro aspecto de acuerdo al texto legal del citado precepto, que señala:

"El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años".

Por su parte, ZAMORA JIMÉNEZ, parte del argumento siguiente: "tratándose de los actos ejecutivos podemos hacer referencia a la autoría directa y en cuanto a la participación junto con la víctima se puede incardinar dentro de la figura de la coautoría que en forma especial se debe considerar al pasivo como uno de los coautores en el caso del suicidio fallido, que por razones de Política Criminal la ley lo prohíbe (suicidio colectivo).[364]

b. *La complicidad*

"Para determinar cuándo estamos ante un cómplice y cuándo ante un encubridor es necesario determinar cuándo el delito se ha consumado. De tal suerte que será cómplice el sujeto que ayude o auxilie al autor a cometer el delito, sin que éste se haya consumado, pues si el auxilio es posterior a dicha consumación estaremos ante un encubridor."[365]

En este tenor, la jurisprudencia ha sostenido: Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judi-

[362] *Ibidem*, p. 206. Para llegar a esa conclusión previamente sostiene que los sujetos activo y pasivo comparten el dominio funcional del hecho.

[363] *Ibidem*, p. 216. De otra opinión, en el plano de la participación DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Código Penal para el Distrito Federal comentado*, Porrúa, México. 2001, p. 893.

[364] ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo. *Manual de Derecho penal parte especial*, Ángel Editores, México. 2000, p. 54.

[365] DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos...*, p. 140; JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general...*, p. 815.

cial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XII, Diciembre de 2000, Tesis: VI.1º.P.J/Z, página: 1166

"**ASOCIACIÓN DELICTUOSA Y PARTICIPACIÓN MÚLTIPLE. DIFERENCIAS**. La asociación delictuosa se caracteriza en la intención constante y permanente de perpetrar acciones ilícitas indeterminadas, ésta difiere de la participación múltiple en la realización de un hecho antijurídico, porque en este último supuesto, si bien existe un concierto previo de los activos en cometer un ilícito y lo llevan a cabo, su finalidad no tiene la intención de pretender de manera permanente y reiterada ejecutar acciones ilícitas en general, dado que el objetivo de su reunión es la pretensión de consumar un delito en concreto."

Por lo que la complicidad funciona residualmente, pues el artículo 13, fracción VIII, del Código Penal Federal considera comprendidos en este supuesto de participación, sujetos que no tengan el dominio del hecho (serían coautores),[366] cuyo comportamiento no sea lo suficientemente relevante como para que al faltar su aportación el acto no se hubiera efectuado (serían cooperadores necesarios). Reiteramos la aplicación del criterio de los bienes escasos, que es muy útil para diferenciar estas dos formas de participación. Al ser claramente de *carácter objetivo y material*, pero está asentada sobre presupuestos distintos a la teoría de la necesidad defendida por la doctrina dominante.[367]

La situación descrita se corresponde con el momento actual de la tesis de jurisprudencia I.1o.P.52 P, Novena Época, tomo VIII, correspondiente a diciembre de 1998, emitida por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta y visible en la página 1028 con el rubro y texto siguientes:

"**COMPLICIDAD CORRESPECTIVA.** Esta forma de intervención prevista en la fracción VIII, del artículo 13 del Código Penal, requiere para su acreditación que se demuestre: a) una plural intervención de sujetos en la fase ejecutoria de la conducta típica; b) respecto de un delito de resultado material; c) que esa intervención

[366] De otra opinión DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Código penal para el Distrito Federal comentado...*, p. 52. Esta figura, de no aplicarse conforme a las reglas de la *coautoría*, implica una violación a los Derechos Humanos y por tanto es inconstitucional.

[367] Véase por todos GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en Derecho penal...*, p. 115.

sea dolosa; d) de características tales que cualquiera de esas intervenciones pudiera haber sido causante o cocausante del resultado material; e) imposibilidad de probar quién o quiénes causaron el referido resultado material; y además constatar que no existen elementos de prueba que permitan establecer un acuerdo previo entre los intervenientes."

Respecto de la responsabilidad tumultuaria o complicidad correspectiva, la jurisprudencia ha sostenido: Sexta Época Instancia: Primera Sala, Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: II, parte SCJN, Tesis: 288, página: 161.

"**RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA.** Existe responsabilidad correspectiva cuando por ignorarse concretamente quiénes lesionaron, el homicidio resultante es imputable a cada uno de los agresores, debiendo sancionarse a todos con la misma penalidad atenuada establecida por la ley." Sexta Época Instancia: Primera Sala Fuente: Apéndice de 1995 Tomo: Tomo II, parte SCJN Tesis: 289 Página: 162 «RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA Y CALIFICATIVAS. La responsabilidad correspectiva se funda en la imposibilidad de establecer la relación causal entre el resultado y el presunto responsable, en tanto que las calificativas, por su naturaleza, suponen esa relación de causalidad. Para demostrar esto basta decir que si dos personas se ponen de acuerdo para privar de la vida a un tercero, adoptando tácticas que descarten todo peligro para ellos y aseguren el éxito, en esa decisión se encuentra el mejor fundamento de la coautoría o coparticipación en los resultados que ambos quisieron, y faltaría todo motivo para adoptar la atenuación en donde precisamente hay mayor peligrosidad."

Para llevar a cabo el examen de la jurisprudencia en materia de co-autoría y participación (complicidad), conviene partir del estudio realizado por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.[368]

El Código Penal Federal no limita los medios o formas con los que se puede colaborar en el delito. Lo que sí aclara es que la contribución puede realizarse con actos anteriores o simultáneos.

En efecto, la descripción legal induce a configurar la complicidad como forma subsidiaria de intervención en el delito, al ser su característica principal la de no ser ni autor, ni inductor ni cooperador necesario. Evidentemente el artículo 13 exige otros requisitos para determinar la existencia de complicidad: el cómplice, a pesar de ser una figura accesoria, secundaria, en la realización del delito, tiene

[368] *La autoría en Derecho penal...*, pp. 361 y ss.

su propia esencia y su específica razón de ser. Tratándose de un supuesto de participación, por tanto, accesorio a un hecho típicamente antijurídico por parte del autor, la complicidad que se materialice en hechos anteriores sólo tendrá relevancia penal si el autor dio comienzo a la ejecución del delito (al menos, si el delito es tentado). La relación causal no sólo es requisito para fundamentar responsabilidad del cómplice, sino que su alcance servirá también para determinar el grado de responsabilidad: si la causalidad alcanza hasta la consumación del delito, el cómplice responderá por el delito consumado; si la causalidad sólo alcanza a la realización de la tentativa por el autor, responderá por el delito tentado; si la causalidad no alcanza ni a la consumación ni a la tentativa, no habrá complicidad punible.[369] Pero su aplicación no debe hacerse de manera llana, es decir, sin pruebas, sólo por la circunstancia de haber estado en el lugar y momento de los hechos o por alguna otra situación similar, porque ello transgrediría las garantías individuales.[370]

Si se profundiza en esta idea, en mi opinión, tal obstáculo se podría salvar. Con una propuesta de establecer una complicidad unitaria castigada con la misma pena que al autor y facultativamente con la inferior en grado, habría que acompañarla, además, entre las reglas de la aplicación de las penas, que fije los criterios legales a tener en cuenta por los jueces para hacer uso de tal facultad atenuatoria, en un sentido similar a lo dispuesto ya en el artículo 63 del Código Penal para determinar la pena en el delito tentado.

Dicha propuesta adicional debería exigir también a los jueces que *motiven* en la sentencia por qué han impuesto la misma o inferior

[369] En atención al criterio de LÓPEZ PEREGRIN, Ma. Carmen. *La complicidad en el delito...*, pp. 288 y s. que sustenta en base al ordenamiento penal español, para aceptar la impunidad del cómplice por desistimiento voluntario serán necesarios tres elementos:

a) Realización de un hecho típico de complicidad. Al igual que en la tentativa del autor, para plantearnos el desistimiento la conducta debe ser ya punible. Y según la opinión mayoritaria, la aportación del partícipe no es punible hasta que el autor principal haya dado comienzo a los actos ejecutivos. Es decir que, antes del comienzo de la tentativa, si el sujeto retira su aportación de forma que ya no pueda ser utilizada por el autor, ni siquiera habría que recurrir al desistimiento, por faltar la causalidad.
b) Voluntariedad. No existen en este ámbito especialidades para la participación, por lo que son de aplicación los criterios que la doctrina ha elaborado para la autoría.
c) Eficacia. Más detenidamente requiere este tercer y último elemento del desistimiento. La regulación legal establece al respecto un régimen para el partícipe que resulta más estricto que para el autor.

[370] En este sentido DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Código Penal para el Distrito Federal comentado...*, p. 52.

pena que al autor, es decir, por qué no o por qué sí han hecho uso de la facultad conferida, de forma semejante a lo que ya se puede leer en el artículo 64 bis del Código Penal.

De esta forma, si se establecen los criterios legales para hacer uso o no de la facultad atenuatoria y, además, se exige una motivación en la sentencia de la misma —reconoce PÉREZ ALONSO—, se solventaría de forma adecuada este reparo de carácter procesal, pues difícilmente se podría sustentar la complicidad unitaria al control casacional. Al contrario, habría un control primario conformado por criterios legales y la exigencia de motivación, y otro secundario, constituido por el sistema de recursos de vía jurisdiccional y constitucional.[371]

La reducción de la pena en un grado, prevista para la complicidad se justifica por su mayor lejanía con respecto a la lesión del bien.

A) *Formas de participación tentada*

El tema que causó polémica es el de aceptar o no la tentativa de una instigación o de una complicidad. Actualmente, la doctrina mayoritaria rechaza la posibilidad de aceptar el castigo al mero intento de instigar o de ser cómplice en un hecho, criterio que comparto plenamente, al no presentar un aporte causal alguno que contribuya a producir el hecho delictivo, sea porque ese aporte llega tarde (instigar un homicidio de alguien que fallece antes de ser asesinado por el instigado), o porque la ayuda no es utilizada o porque se da en la etapa de actos preparatorios y se abandona antes de comenzar su ejecución.[372]

JULIO FIERRO, considera que el castigo de la tentativa de participación sólo adquiere sentido en una concepción subjetiva o como lo consideraba el positivismo lombrosiano, pues la conducta si bien nada aportaba objetivamente, si era reveladora de su intención criminal y de su consecuente peligrosidad (...) En tanto el fracaso de la participación signa esta primera hipótesis, no ocurre lo mismo en la participación en una tentativa en la que lo que fracasa es la ejecución del hecho principal y no la complicidad o la instigación realizada, siendo por ello punible esa conducta y según sea el grado de complicidad, merecedora o no de una doble reducción.[373] Por otro lado, puede

[371] PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *La coautoría y complicidad (necesaria) en Derecho penal...*, pp. 416 y s.

[372] En este sentido JULIO FIERRO, Guillermo, Teoría de la participación criminal. Alcances. Modalidades autoría, causalidad y participación, instigación, complicidad, Buenos Aires, Argentina, Astrea, 2001, p. 46.

[373] *Ibidem.* 47.

darse el caso de que el instigador sólo quiera que el instigado comience la ejecución del hecho a fin de exponerlo y poderlo atrapar, lo que configura una situación bastante distinta que se conoce en la doctrina como el caso del "agente provocador".[374]

B) *Formas de participación por omisión*

El artículo 13 del Código Penal Federal, literalmente no refiere a las formas de intervención de los sujetos por medio de una inactividad; tampoco lo hace la jurisprudencia,[375] por lo que he tenido que recurrir a la postura de algunos autores, que han establecido algunos

[374] *Ibidem,* p. 54.

[375] Salvo en los casos de autoría como lo señalan las siguientes tesis:

"**COMPLICIDAD OMISIVA.** En el caso, el procesado aceptó que en su presencia golpearon al ahora occiso, además de que estando éste en la cárcel permitió la entrada a los coacusados para que le dieran una «calentada». Posteriormente se dio cuenta de que estaba muerto el detenido y ayudó a sus coacusados para aparentar que aquél se había suicidado. Lo anterior es más que suficiente para advertir que el inculpado actuó en complicidad por omisión, pues siendo Comandante de la Policía Municipal, tenía el deber jurídico de actuar; al no hacerlo y permitir que golpearan al occiso y cooperando como lo hizo, posibilitó la comisión del delito de homicidio; sin que para ello hubiera sido menester un acuerdo previo, pues fue concomitante al hecho y de naturaleza tácita entre los participantes. Por lo tanto, actuó en complicidad omisiva en términos del artículo 13 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla".

Amparo directo 4664/86. Alejandro Chávez Pedraza. 19 de octubre de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Carlos Enrique Rueda Dávila.

NOTA (2):

Esta tesis también aparece en:

Informe de 1987, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 81, página 55.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Séptima Época. Volumen 217-228 Segunda Parte. Tesis: Página: 18. Tesis Aislada.

Regto: 187,302 Tesis aislada Materia(s): Penal Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XV, abril de 2002, página: 228 Tesis: II.1o.P.102 P

"**COAUTORÍA POR OMISIÓN, EXISTENCIA DE LA.** Por coautoría se entiende la concurrencia querida, consciente y con división del trabajo de varios autores, con el fin de obtener el mismo resultado típico; es decir, puede ser coautor quien es autor, entendiéndose por éste, aquel que tenga el dominio final del hecho; en esa virtud, se dice que existe coautoría por omisión cuando el colaborador que incurrió en ella es garante de la evitación de la situación de peligro creada por otros colaboradores, mediante un hacer activo".

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 676/2001. 15 de febrero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Rubén Arturo Sánchez Valencia. Secretario: Cuauhtémoc Esquer Limón.

parámetros de cómo resolver la partición por inactividad (omisión) de los sujetos que intervienen en la comisión de un delito.

De conformidad con la interpretación que lleva a cabo SOSA ORTIZ, de la fracción II del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, que antes de la reforma de 1999 regulaba: *"la forma de intervención de los sujetos activos"*, la acreditación de esta acción u omisión se realiza demostrando que en el mundo fáctico se ha generado:[376]

1) Ese hacer o no hacer contenidos en el tipo, y
2) Que ha sido voluntario (derivado de una decisión del sujeto). Sin considerar por el momento la dirección o contenido de esa voluntad, lo cual se deberá hacer el examinar el elemento del tipo denominado "la realización dolosa o culposa de la acción u omisión".

Sobre el particular, este autor precisa que la diferencia que se advierte entre el acreditar una acción y acreditar una omisión cualquiera, es la de que la primera nos es dable percibirla de manera directa e inmediata por medio de los sentidos, lo cual no ocurre con la omisión, que requiere se conozca previamente el contenido de la acción ordenada (y no atendida) que ínsitamente contiene toda omisión.[377]

En palabras de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES "la delimitación de las distintas formas de intervención en el delito, siendo ya de por sí compleja en los supuestos normales en el que el interveniente actúa, alcanza un alto grado de inseguridad tanto en la doctrina científica como a nivel jurisprudencial cuando el interveniente omite.[378] Su calificación bien como autor, bien como partícipe[379] del correspondiente delito de comisión por omisión,[380] incluso su punibilidad en

[376] SOSA ORTIZ, Alejandro. *Los elementos del tipo penal...*, p. 84.

[377] *Idem.*

[378] En el mismo sentido LÓPEZ PEREGRIN, Ma. Carmen. *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, España. 1998, p. 330.

[379] Schild Trappe, citado por GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Libertad de información y teoría de la codelincuencia...*, pp. 409 y 411, defiende que el mínimo común denominador de los casos de complicidad merecedores de pena lo constituye la complicidad psíquica en el campo afectivo. Todos los casos que carezcan de una causalidad que intervenga de esta manera no son punibles como complicidad consumada. Lo anterior es aplicable en la complicidad por omisión.

[380] HERNÁNDEZ PLASCENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en Derecho penal...* pp. 348 y s., explica que para analizar la autoría en la comisión por omisión, intentando alcanzar la equivalencia o identidad con la acción, la admisión de la autoría mediata debería circunscribirse a los casos en que el omitente no realiza por sí mismo todos

general, son objeto de intrincada discusión, sin que hasta ahora se haya logrado en absoluta unanimidad".[381]

Así, por ejemplo:

¿Es cómplice en un robo el vigilante de un almacén que no impide que puedan entrar por los objetos del delito?

Al respecto, SOSA ORTÍZ explica que la conducta de complicidad puede ser también de índole psíquica o física y, esta última admite su configuración mediante la omisión, pero en tal caso se requerirá acreditar la específica calidad de garante del cómplice.[382]

Cuando un sujeto dispara, tiene dolo y es autor, y esto se mantiene de este modo, con posterioridad. En cambio, cuando la acción precedente y la omisión posterior no coincidan en aspectos como autoría y participación, o dolo y culpa, la situación no resulta tan sencilla. Así se complica si el sujeto que disparó lo hizo culposamente o si, en lugar de disparar, lo que hizo fue facilitar el arma (complicidad), en ambos casos dejando morir a la víctima sin prestarle ayuda; ¿y si ambos supuestos se combinan?, a saber, ¿qué sucederá si facilitó

los elementos del tipo. En definitiva, si la autoría mediata consiste en la realización de los elementos del tipo a través de otro, en la comisión por omisión ello podría tener lugar, en principio, en la creación de la situación de peligro o la producción de la lesión del bien jurídico del que actúa por delante, cuando el omitente tiene el deber de evitarla.

[381] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 13. Por su parte, Luzón Domingo citado por Luzón Cuesta, José María. *Compendio de Derecho penal, parte general*, Dikinson, Madrid, España, p. 215, considera que la cooperación del cómplice ha de consistir en la realización de hechos cuya omisión no impida la verificación del delito, o el éxito del mismo aunque sí que lo faciliten, porque si en nada contribuye el cómplice, si nada eficaz, en cuanto ayuda favorecedora, aportase a los ejecutores, no habría cooperación, y sin cooperación no existe complicidad. Se trata, por tanto, como sostiene la jurisprudencia, de una participación de segundo grado, eficaz, aunque no necesaria, que tanto puede consistir en un hacer como en un omitir.

[382] *Los elementos del tipo penal...*, pp. 152 y s. En este sentido se pronunció la otrora Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, con la siguiente tesis, visible en la página 37, del volumen 91-96, de la Séptima Época, Segunda Parte que a la letra dice:

"**PARTICIPACIÓN POR OMISIÓN**. La participación por omisión se da cuando el sujeto está en el deber jurídico de actuar y contradiciendo tal deber hace posible la comisión del delito, y está poniendo culpablemente una condición para la producción de la lesión jurídica que la ley ha erigido en tipo. Si bien es cierto la participación es generalmente activa (en el sentido que se da al término en la problemática de la acción), puede ser también omisiva, cuando se está en el deber jurídico de actuar y no se actúa: como ocurre en el caso de que exista el auxilio prestado por el sujeto activo, "que brindaba en su calidad de jefe de la policía para que los delincuentes actuaran libremente" en la comisión del delito, del cual debe el activo ser considerado como responsable.

el arma (complicidad) sin saber que lo hacía?, esto es, culposamente, y con posterioridad no impide el hecho o no socorre a la víctima tras su comisión? A modo de ejemplo: X da una bolsa a Z, que contiene un arma; de todas formas X no hace nada para impedirlo. En estos casos ¿responderá el interveniente (X) por la acción (de facilitar el arma) o por la omisión (de socorrer)?, y de hacerlo ¿lo hará como autor, o como partícipe?; y como autor ¿culposo o doloso? O incluso, ¿como partícipe culposo?

¿Es la mera inactividad ante la comisión de un delito, como apoyo moral por omisión, complicidad en el delito cometido?

Desde un juicio de imputación objetiva, tal y como expone REYES ALVARADO,[383] lo determinante será establecer si quien por su calidad de garante, tenía obligación de comportarse de determinada manera lo hizo o no, y en caso negativo si esa conducta desviada, y generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, puede considerarse o no como realizada en el resultado penalmente relevante.

En los delitos de omisión impropia, se habrá de hacer referencia a la acreditación del resultado material y, enseguida, a la calidad de garante del sujeto activo (que es la relación especial en que se halla el agente respecto del bien tutelado y que hace que surja ese deber de evitación) pues la acreditación de la acción omisiva de que se habla, sólo se entiende a partir de la acreditación de ese resultado y esa calidad específica del sujeto activo.[384]

De lo anterior se desprende que la posición de garante es el elemento principal para determinar la responsabilidad en delitos de comisión por omisión, tanto del autor como del partícipe.[385] En consecuencia, la posición de garante es la que determina lo punible y lo impune; la acción omitida será la que determinará, dentro de los sujetos responsables, quiénes lo serán como autores y quiénes como partícipes.

c. *El encubrimiento*

A diferencia de los países de nuestro entorno, en los que se ha visto, desde hace tiempo viene tratándose como delito autónomo el encubrimiento; México se ha tenido que esperar a la reciente modifica-

[383] *Imputación objetiva*..., pp. 296 y 297.

[384] En este sentido SOSA ORTIZ, Alejandro. *Los elementos del tipo penal*..., p. 85.

[385] La mayoría de la doctrina acepta sin problemas la complicidad en el delito omisivo, propio o impropio, y aplica las reglas generales de la participación en el delito activo. Para referencias consúltese LÓPEZ PEREGRIN, Ma. Carmen. *La complicidad en el delito*..., p. 352, nota al pie 217.

ción legislativa para zafarse de la vieja construcción clásica que situaba el *auxilium post delictum* entre las formas de participación delictual. Es cierto, sin embargo, que, pese al incuestionable alcance de la reforma, no puede decirse, ni mucho menos, que se trate de una modificación inesperada. Sea por el descontento que la regulación de esta materia suscitaba en la doctrina mexicana o por otra razón, lo cierto es que ha sido escasa la atención que se le ha prestado, de forma similar a lo que se constata a nivel jurisprudencial, que ha permanecido mucho más atenta al problema de la receptación.[386] Así se evidencia en las tesis que se citan a continuación:

> "**ENCUBRIMIENTO. ARTÍCULO 400, FRACCIÓN V, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. ES DELITO DE INACCIÓN, YA QUE SE INTEGRA POR HECHOS DE NATURALEZA OMISIVA.** Si de las constancias del sumario se desprende, que el sujeto activo tuvo conocimiento de que se realizaría una operación de compraventa de marihuana, y aún así, proporcionó el transporte e incluso condujo al vendedor del narcótico a determinado lugar, a fin de que se concretara la operación, teniendo la promesa de que recibiría una retribución por sus «servicios», y dicha conducta la consideró la autoridad penal como constitutiva del delito de encubrimiento a que se refiere el artículo 400, fracción V, del Código Penal Federal, es evidente que tal declarativa judicial resulta inexacta por ser contraria a derecho. En efecto, la doctrina penal unánimemente ha sostenido, que el encubrimiento es un delito autónomo, que por lo general, tiene vida con posterioridad a la perpetración del hecho delictivo del cual resulta subsidiario; y en esas condiciones, el encubridor no participa ni interviene en la producción de ese delito. Ahora bien, el tipo penal de encubrimiento a que se refiere la fracción V, del artículo 400, del código punitivo federal, implica un ilícito de naturaleza omisiva, pues incurren en ese comportamiento las personas que permanezcan pasivas ante la comisión de un delito; así pues, la hipótesis típica en comento, se integra y se conforma por hechos de carácter negativo (omisión) que específicamente consis-

[386] En el caso de la responsabilidad de los servidores públicos en la modalidad del encubrimiento DÍAZ ARANDA, Enrique. *El enriquecimiento ilícito de los servidores públicos*..., p. 143, aunque las formas de complicidad y encubrimiento son variadas, el legislador ha previsto expresamente una de ellas en el párrafo 2º del artículo 224. En efecto, dicho precepto se refiere al cómplice o encubridor, según sea el caso, que haga figurar como suyos bienes que el servidor adquiere o ha adquirido en contravención con lo dispuesto en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, a sabiendas de esta circunstancia. De acuerdo con lo anterior, considera el autor que el juez en el caso concreto, habrá que determinar si el sujeto, que hace figurar como suyos los bienes ilícitos del servidor, reviste la calidad de cómplice o de encubridor.

ten en no evitar o impedir la ejecución de un delito que se esté cometiendo o se vaya a cometer. Por consiguiente, si en la especie el acusado desplegó actos de cooperación tendientes a la realización y consumación del delito contra la salud, es inconcuso que su conducta no es típica de encubrimiento, sino de copartícipe de aquel delito". Novena Época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IV, Agosto de 1996, Tesis: XIV.2o.11 P, Página: 670.

"ROBO, AUXILIO PASIVO POR RECEPTACIÓN EN EL DELITO DE, Y NO AUTORÍA MATERIAL POR EL DELITO DE ENCUBRIMIENTO. Con independencia a que el procesado no se constituyó como autor material del delito de robo, sin embargo, en cuanto tenía conocimiento de su realización y, reiteradamente, esperaba y quería ese acontecimiento, puesto que sabía que de su consumación, obtendría una parte de su producto; ante ese panorama, es evidente que incurrió en una forma participativa de auxilio pasivo o por receptación, en términos de la fracción VI del artículo 13 del Código Penal, ya que su culpable omisión comulgaba con la finalidad criminosa de los activos diversos, esto es, con el ánimo de apropiación y aprovechamiento del objeto del delito; y, sin que pueda estimarse que la conducta del inculpado se adecúe a un tipo específico del delito de encubrimiento, ya que su interés apropiador, de parte de lo obtenido en el robo, evidentemente, lo vincula coparticipativamente en el apoderamiento ilícito". Octava Época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: VII, Enero de 1991, Página: 450.

"ENCUBRIMIENTO. QUERELLA NECESARIA SI EL DELITO PRINCIPAL EXIGE ESE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. El Derecho penal mexicano reconoce grados de participación, como son el de autoría, complicidad y encubrimiento. Por lo tanto, si el delito principal es el previsto y sancionado por el artículo 111 de la Ley de Instituciones de Crédito y para su persecución es necesario que se presente querella en contra del presunto responsable de ese ilícito, tal requisito también es necesario para poder proceder en contra del presunto encubridor, pues no debe perderse de vista, que si la persecución del delito principal requiere querella de parte ofendida, y el encubrimiento no viene a ser más que un grado de participación en relación con ese delito, porque lo accesorio debe seguir a lo principal, es de concluirse que también por el ilícito de encubrimiento en ese tipo de casos, debe presentarse la querella correspondiente, a fin de cumplir con el requisito de procedibilidad. Octava Época. Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XI, Febrero de 1993, Página: 251.

El Código Penal Federal, en su artículo 400, tipifica el "encubrimiento", en los términos siguientes:

"ARTÍCULO 400.- Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta" días multa, al que:

I.- Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia.

Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad;

(DEROGADO TERCER PÁRRAFO, D.O. 30 DE DICIEMBRE DE 1991).

II.- Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito;

(REFORMADA, D.O. 23 DE DICIEMBRE DE 1985).

III.- Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;

IV.- Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes; y

V.- No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables.

(REFORMADO [N. DE E. ADICIONADO], D.O. 23 DE DICIEMBRE DE 1985).

No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:

a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;

b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y

c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles.

(ADICIONADO, D.O. 13 DE MAYO DE 1996).

El juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción, las circunstancias personales del acusado y las demás que señala el artículo 52, podrá imponer en los casos de encubrimiento a que se refieren las fracciones I, párrafo primero y II a IV de este artículo, en lugar de las sanciones señaladas, hasta las dos terceras partes de las que correspondería al autor del delito; debiendo hacer constar en la sentencia las razones en que se funda para aplicar la sanción que autoriza este párrafo."

Estas características que presenta el tipo legal en estudio, aconseja, cuando menos, cierta prudencia a la hora de sostener con rotundidad las consecuencias que se derivarían de un correcto análisis sistemático y, sobre todo, pueden dispensar de un esfuerzo por compatibilizar a toda costa el objeto tutelado en el encubrimiento con los restantes delitos, con los que comparte su ubicación sistemática.[387]

En rigor conceptual y de acuerdo con el *nullum crimen sine lege*, son autores o partícipes, en términos del artículo 13 del Código Penal Federal:

a) Los que acuerden o preparen su realización (autor intelectual)
b) Los que lo realicen por sí; (autor material)
c) Los que lo realicen conjuntamente; (coautores)
d) Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; (autor mediato)
e) Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; (instigador)
f) Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión; (cómplice)
g) Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior al delito (encubridor) y;
h) Los que sin, acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo (responsabilidad tumultuaria o complicidad correspectiva).

V. Antijuridicidad

Como se ha indicado en los capítulos anteriores, el delito consiste en las acciones típicamente antijurídicas, culpables y punibles. Una vez examinada la acción y la tipicidad, corresponde ocuparse del segundo adjetivo que la califica, la **antijuridicidad**.

1. *Antijuridicidad e injusto*

Los conceptos sistemáticos penales de la "antijuridicidad" y del "injusto" se distinguen, principalmente, en que el primero: signi-

[387] En concreto: prevaricación, omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución; acusación y denuncia falsas, obstrucción a la justicia y deslealtad profesional.

fica la contradicción con el Derecho en cuanto que la concreta conducta humana suponga un comportamiento contrario a las normas jurídicas, si no concurre una causa de licitud que excluya la antijuridicidad.[388] Por tanto, no toda conducta típica, esto es, que pueda subsumirse en el tenor de un tipo penal, es además antijurídica, pues debe comprobarse que no concurre causa de licitud.[389] Y por injusto se entiende la propia acción típica y antijurídica, esto es, el objeto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado de valor.[390] Por lo que en el concepto del injusto se reúnen las tres categorías delictivas: acción, tipicidad y antijuridicidad.[391]

Como se dijo, una conducta atípica no podía dar lugar a una antijuridicidad penal, aunque ello no significaba la licitud del hecho porque podía quedar subsistente todavía la posible licitud general. Por el contrario, la exclusión de la antijuridicidad general significa, de acuerdo con el principio de la unidad del ordenamiento jurídico, que la acción se encuentra autorizada por el Derecho y por ello no es posible deducir ninguna consecuencia jurídica en contra de su autor, no sólo penal sino también civil. Carrancá y Trujillo, considera que la antijuridicidad penal se distingue de la civil en su resultado y en su fin.[392]

[388] Con respecto al origen y función de la antijuridicidad, Malo Camacho, Gustavo, Derecho Penal mexicano..., p. 405; Pavón Vasconcelos, Francisco, Derecho Penal mexicano..., pp. 315 y ss.

[389] Jakobs, Günther, Derecho Penal, Parte General..., pp. 419 y s. explica que las causas de justificación son los motivos jurídicos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido. A diferencia de lo que ocurre en el comportamiento atípico, en el justificado se trata de un comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como socialmente soportable sólo en consideración a su contexto, o sea, a la situación de justificación. El comportamiento justificado se distingue del antijurídico, pero no culpable, en que aquél no muestra falta de motivación jurídica dominante; el comportamiento antijurídico, pero no culpable, sí muestra tal falta, pero el autor no es responsable de ella (de lo contrario, el comportamiento sería culpable).

[390] Véase, en este sentido, Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano, parte general. Tomo I, Antigua Librería Robredo, México. 1950, p. 192.

[391] Sin embargo, los conceptos antijuridicidad e injusto, que según la concepción actual deben separarse, en el uso de la doctrina clásica se empleaban como equivalentes. Y enlazado con el mismo, aún hoy se habla de la teoría del injusto cuando en el sentido más exacto del término se está aludiendo a la teoría de la antijuridicidad.

[392] Derecho penal, parte general..., p. 191. Intrínsicamente considerado, el acto ilícito civil parece lesionar de modo principal los intereses del individuo o los del grupo sobre el cual recae el acto; se dice que de modo principal, ya que las sanciones desde el punto de vista civil tienen por objeto no sólo proteger al individuo en el caso concreto, sino también, defender la integridad del ordenamiento jurídico total,

La doctrina dominante considera que la antijuridicidad de una acción se determina unitariamente para todo el ordenamiento jurídico,[393] de forma tal que una conducta autorizada en cualquier rama del Derecho no puede ser castigada penalmente, aunque formalmente sea subsumible en un tipo penal.[394]

En efecto, a pesar de que la doctrina alude con frecuencia a que el injusto, a diferencia de la antijuridicidad, es un concepto graduable y atribuye a la consolidación del concepto material de antijuridicidad el mérito de haber captado la realidad, han resultado hasta ahora baldíos todos los esfuerzos por asignar al injusto graduable un lugar propio en la tercera categoría del delito. Desde luego, se ha ido extendiendo la convicción de que debe hablarse de una disminución de injusto cuando no se da plenamente una causa de justificación, lo que sucede cuando se produce una realización parcial de sus elementos o cuando se superan los límites en ellos establecidos.[395]

Más allá de lo anterior, la opinión generalizada refiere que tales disminuciones de injusto sólo pueden tenerse en cuenta al margen de la estructura categorial del delito, fundamentalmente en la medición de la pena, por más que se reconozcan con frecuencia los resultados insatisfactorios de tal solución, en especial al no poderse imponer una pena por debajo del marco penal mínimo.[396]

La existencia de un doble nivel valorativo en lo injusto, alojado respectivamente en el tipo y en la antijuridicidad, es un punto de partida fácilmente asumible en sus términos generales por la mayor parte de las corrientes teóricas jurídico-penales, y, más en concreto, por todas aquellas que otorgan una sustantividad propia al contenido del injusto:[397] ello es así cuando se considera que la norma resulta ya

por lo que el acto ilícito civil puede llamarse privado solamente en un sentido relativo. Por el contrario, desde el punto de vista intrínseco, el acto ilícito penal representa por modo principal un daño o peligro público de carácter más general o al menos un daño o peligro público más vasto y más intenso que el del acto ilícito civil. El daño civil afecta intereses privados, el penal intereses sociales.

[393] Una parte de la doctrina (minoritaria) alude, junto al tipo y la antijuridicidad, a una tercera categoría: el espacio fuera del derecho o jurídicamente libre, según la cual en determinados supuestos el legislador se reserva su valoración y deja al individuo decidir la situación según su conciencia: así, en caso de conflicto entre vida y vida, como el supuesto en que el padre sólo puede salvar a uno de sus hijos que ve ahogarse.

[394] En sentido similar Daza Gómez, Carlos, Teoría general del delito..., p. 140.

[395] *Cfr.* al respecto Diez Ripolles, José Luis, *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*, Señal Editora Medellín, España, 1996, pp. 50 y s.

[396] *Ibidem*, p. 52.

[397] En sentido similar, Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho penal...p. 178; Pavón Vasconcelos, Francisco, Derecho penal mexicano... pp. 302 y 317; Villalobos, Ignacio, Derecho Penal mexicano..., p. 258.

contradicha definitivamente con la realización del tipo, comprobándose en la antijuridicidad la contrariedad de la conducta típica con el ordenamiento en su conjunto y no sólo con una norma aislada, lo que se verifica atendiendo a la posible concurrencia de preceptos permisivos. Pero también cuando se afirma que la contrariedad de la norma sólo tiene lugar en la antijuridicidad tras la verificación de la ausencia de causas de licitud, sin que ello suponga negar la significación permanente del desvalor típico. E incluso, para PLASCENCIA VILLANUEVA "en algunas formulaciones matizadas, la identificación máxima entre tipo y antijuridicidad conduce a la teoría de los elementos negativos del tipo, entendiendo al tipo como integrante de la parte positiva del injusto, mientras la parte negativa se integra por la ausencia de una causa de justificación".[398]

1. Antijuridicidad formal y material. La distinción entre antijuridicidad formal y material se promueve por FRANZ VON LISZT, quien afirma que "materialmente" antijurídica es la acción como conducta socialmente dañosa... la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sólo es materialmente antijurídica cuando es contraria a los fines del ordenamiento jurídico regulador de la convivencia.[399] De este modo, puede decirse que una acción es formalmente antijurídica cuando contraviene una prohibición o un mandato legal; y es materialmente antijurídica cuando representa una lesión de bienes jurídicos.

De acuerdo con la teoría, la importancia práctica de la antijuridicidad material se manifiesta, al menos, en tres campos:

a) Permite realizar graduaciones del injusto, a diferencia de la antijuridicidad formal que no permite distinciones cualitativas: se infringe o no la norma. Así, es más grave un robo de cincuenta mil pesos que de mil pesos. La gravedad del injusto material en cuanto determina una mayor gravedad del hecho (artículo 386 del Código Penal Federal) incide en la medida de la pena;
b) El injusto material sirve de criterio de interpretación del tipo. Así, aunque una conducta pueda subsumirse en el tenor literal del tipo, no es antijurídica en los casos de acciones socialmente adecuadas, y:

[398] Plascencia Villanueva, Raúl, Teoría del delito..., p. 140.

[399] Von Liszt, Franz, Tratado de Derecho Penal, II, 3ª edición, Madrid, España, ed. Reus, 1926; traducción de Jiménez de Asúa, Luis, de la 20ª edición Alemana y adicionado con el Derecho Penal español por Saldaña, Quintiliano; pp. 335-336.

c) También desempeña un papel relevante en la ponderación de intereses, esto es, en la fundamentación de las causas de licitud, y brinda la posibilidad de la construcción de causas de licitud supralegales, siempre dentro de los límites de los valores de la Constitución.

Frente a los riesgos a que llevó la admisión del concepto de la antijuridicidad material, como ámbito independiente de la antijuridicidad formal, ante la interpretación de que ya ha dado cuenta la historia, considera MALO CAMACHO[400] que el concepto de antijuridicidad, no es de importancia esencial, que aporte un bagaje de trascendente utilidad pues, un concepto que exija o merezca su especial defensa. Así, le parece mejor a MALO CAMACHO entender que la antijuridicidad es una sola, un único juicio valorativo acerca de la conducta típica que se estime antijurídica o no, a la luz de sus propias valoraciones que reconocen derechos, que se recogen en los permisos, que a su vez dan origen a las legitimaciones y, tal juicio, que implica el reconocimiento de que existe o no contradicción con el orden jurídico en general, y que naturalmente, supone un juicio formal, al mismo tiempo, implica también, el reconocimiento de la lesión a un bien jurídico protegido por la ley penal, y supone un daño material, que en todo caso, conforma el contenido específico de lo que se ha querido entender como antijuridicidad material, pero cuidando de no permitir que tal noción lleve a los extremos de ilegalidad que ya la historia ha restringido.[401]

Al analizar la antijuridicidad formal, por otra parte, se explicaba que no todas las conductas coincidentes con el supuesto de hecho típico están prohibidas penalmente, pues algunas se realizan bajo condiciones tales que el legislador no quiere desaprobarlas. Esas condiciones reciben el nombre de causas de licitud, y ya entonces se explicó que representan una especie de "restricción" del área de prohibición penal, aunque esta función sólo se aprecie si se conectan adecuadamente las normas que tipifican los delitos y las que establecen esas causas de licitud.[402]

Por consiguiente, una acción es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una

[400] Derecho Penal mexicano..., p. 409.

[401] Malo Camacho, Gustavo, Derecho Penal mexicano..., p. 405.

[402] En sentido similar, Plascencia Villanueva, Raúl, Teoría del delito..., p. 135, quien conserva la denominación de "justificación" en lugar de "licitud".

lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales.

2. Los conceptos de lesión y de peligro. La lesión del bien jurídico es un concepto normativo. Por ende, no sólo debe entenderse la destrucción o daño de un objeto material, sino también las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen un sustrato material. Así, la destrucción de la vida o de una cosa ajena en los delitos de homicidio y de daños; la ofensa al honor en el delito de calumnia, previsto este último, en el artículo 356 del Código Penal Federal. Normalmente, la forma consumada de los tipos delictivos contiene una lesión del bien jurídico protegido en dicho tipo. Junto a la lesión, en el Derecho Penal se castiga también la puesta en peligro de bienes jurídicos.[403]

La antijuridicidad presenta una clara naturaleza objetiva, que resulta del contraste de la acción humana con el ordenamiento jurídico, siendo indiferente que el autor resulte culpable o no. Por ello cabe la defensa legítima, no sólo contra el agresor culpable, sino contra el enajenado y el menor de edad. La antijuridicidad consiste pues en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.[404]

3. Desvalor de acción y desvalor de resultado. La antijuridicidad es un juicio de desaprobación del hecho en cuanto ofensivo para un bien jurídicamente protegido. Ahora bien, como el Derecho Penal, dado su carácter fragmentario, no prohibe bajo amenaza penal toda

[403] Los delitos contra la salud son de peligro abstracto y no de peligro concreto, en razón de que el Estado no sanciona las conductas por haber alterado la salud de una persona determinada o de un grupo social específico; su finalidad es salvaguardar la salud de toda sociedad, por lo que penaliza aquellas conductas que tengan como objeto a los narcóticos que potencialmente pueden ser consumidos por miembros de la sociedad. Lo anterior explica por qué se sancionan no sólo las conductas finales o inmediatas anteriores al consumo de drogas, como lo pueden ser la venta o el suministro de las mismas, sino que se sancionan también conductas precedentes como pudieran ser la siembra, el cultivo, la cosecha, la transportación, etcétera.

[404] Este interés de la doctrina penal se debe a que el concepto de peligro no afecta, únicamente, a los "delitos de peligro" sino que es un elemento que se debe tomar en consideración en relación con la imputación objetiva, con la tentativa, con la justificación, con el error..., porque el peligro para el bien jurídico-penal es el punto de partida de la intervención penal.

El concepto de peligro que debe adoptarse ha de ser aquél que sirva tanto en los delitos de peligro como en los delitos de lesión, y tanto en el ámbito de la imputación objetiva como de la tentativa... Es decir, es necesario encontrar un concepto de peligro propio del Derecho Penal y para el que la perspectiva causal-naturalista sólo sea un indicio necesario pero no suficiente.

clase de ataque a los bienes jurídicos más elementales del individuo y la comunidad, sino aquellos que se muestran como más intolerables, el desvalor de la acción que entraña la específica modalidad de ataque también forma parte del contenido sustancial de la antijuridicidad.

Una de las consecuencias más importantes de la adopción de un punto de vista imperativo sobre la norma jurídico-penal, que la considere como norma de determinación de conductas y no como simple norma de valoración, es, junto a la inclusión del dolo en el tipo de injusto de los delitos dolosos, la elevación del desvalor de acción a la categoría de elemento constitutivo y fundamentador del injusto penal.[405]

En efecto: en tanto que se mantenga la tesis de que la norma jurídico-penal es, en el terreno de la antijuridicidad, simple norma de valoración, y se postule con ello una concepción absoluta o predominantemente objetiva de este elemento del delito, lo trascendental a la hora de decidir si una conducta es o no contraria a Derecho será la constatación de si ha producido o no la lesión o puesta en peligro del interés jurídicamente protegido en el correspondiente tipo de delito; o lo que es lo mismo: la verificación de la presencia de un desvalor de resultado.[406]

El contenido material de la antijuridicidad no se agota, sin embargo, en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. No toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor de resultado) es antijurídica, sino sólo aquella que se deriva de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico (desvalor de acción). Por ejemplo, no toda lesión a la propiedad de inmuebles constituye un injusto típico del despojo previsto en el artículo 395 del Código Penal Federal, sino tan sólo la ocupación realizada con violencia o intimidación en las personas. El contenido material del injusto está integrado aquí por la lesión del derecho real de propiedad sobre inmuebles (desvalor de resultado) y el modo como se produjo dicha lesión (desvalor de acción). Ambos aspectos disvaliosos han sido conjuntamente tenidos en cuenta por la ley, para configurar el injusto típico del delito de despojo.

Los partidarios de una concepción predominantemente objetiva del injusto, que lo considere integrado tan sólo por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, estiman que, para que se dé la licitud, basta por lo general con la concurrencia de un desvalor de resultado.

[405] HUERTA TOCILDO, Susana, Sobre el contenido de la antijuridicidad..., p. 17 y s.
[406] *Idem.*

Por otra parte, los partidarios de una concepción subjetiva del injusto (monista) lo entienden constituido únicamente por el desvalor de acción.

Esta postura arranca, inicialmente, de algunas de las ideas expuestas por WELZEL en relación al injusto de los delitos culposos. Para este autor, con el desvalor de acción queda fundamentado ya completamente lo injusto material de los delitos culposos, mientras que el resultado producido lleva a cabo solamente una selección dentro de él, en relación con su punibilidad.[407] Por lo que se refiere a los delitos dolosos, dice WELZEL, en forma menos tajante lo siguiente: en la mayor parte de los delitos es, sin duda, esencial una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, pero sólo como elemento parcial de la acción personalmente antijurídica, nunca en el sentido de que la lesión del bien jurídico agote lo injusto del hecho. La lesión del bien jurídico (el desvalor del resultado) tiene sólo relevancia en el Derecho Penal en el seno de una acción personalmente antijurídica. El desvalor personal de la acción es el desvalor general de todos los delitos en el Derecho Penal. El desvalor de resultado (el bien jurídico lesionado o puesto en peligro) es un elemento, que carece de independencia, de numerosos delitos (los delitos de resultado y de peligro)... El desvalor del resultado puede faltar en el caso concreto, sin que desaparezca el desvalor de la acción, por ejemplo en la tentativa inidónea.[408]

El argumento que esgrime Sancinetti en materia de licitud (lo denomina justificación), en contra de los objetivistas, quienes admiten en general que no hace falta, para la exclusión del ilícito, el valor de resultado de un salvamento efectivo,[409] conformándose con un juicio *ex ante*; pero, entonces, ¿cómo se trasladaría esto a la *fundamentación* del ilícito?; simplemente: tampoco haría falta un desvalor de resultado. Conclusión: del mismo modo que el desvalor de resultado no es relevante en la fundamentación del ilícito, el resultado de un salvamento tampoco lo es para su exclusión. Y así como la tentativa fundamenta el ilícito, la tentativa de salvamento

[407] El nuevo sistema de Derecho penal..., p. 18.
[408] *Idem.*
[409] Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. 1996, p. 72. "A" está por matar a "B", el hijo de "C"; al ver esto, el padre dispara contra "A", pero, con tal suerte que, al caer, el moribundo "A" mata de un tiro igualmente a "B". Quien quisiera ser coherente con la importancia atribuida al resultado en el ámbito de la tipicidad, tendría que decir aquí que el padre no está justificado, porque, al fin y al cabo, no salvó a su hijo, y, además, mató al agresor, sin ninguna utilidad.

fundamenta la licitud.[410] Para Sancinetti, lo relevante es la base de conocimiento del autor. Así, si un bombero rompe los vidrios de una casa contigua a la que está incendiándose, con la esperanza de poder salvar desde allí a una mujer que quedó atrapada por el fuego, actúa lícitamente, aun cuando luego se demuestre —o los demás lo supieran de antemano— que la mujer ya había muerto y que, por ende, era objetivamente imposible un salvamento. Como sea, la cuestión objetivamente es irrelevante. Lo cierto es que el bombero tomó una decisión racional de salvamento, y así como el dolo fundamenta el ilícito, así también la voluntad de salvamento tiene que excluirlo.[411]

Con lo hasta aquí apuntado, tanto el desvalor de la acción como el de resultado son elementos a tener en cuenta en la fundamentación del injusto penal, queda por ver qué tipo de relación se da entre estos dos elementos; más concretamente: se trata de dilucidar si el segundo de ellos es independiente del primero, o simplemente aumentante o, por el contrario, si no cabe atribuir primacía ni a uno ni a otro, siendo ambos igualmente importantes a los efectos señalados.[412]

Por ello parece superflua la polémica sobre la prioridad entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado. No existe una jerarquía lógica o valorativa entre ellos, ya que ambos contribuyen, al mismo nivel, a constituir la antijuridicidad de un comportamiento.

---

[410] *Ibidem*, p. 73.

[411] *Ibidem*, p. 74, por consiguiente, si una acción es emprendida subjetivamente en el marco de una causa de justificación, el ilícito del hecho doloso queda igualmente excluido por la voluntad de salvamento.

[412] Welzel, Hans, El nuevo sistema de Derecho Penal..., p. 68, escribe: "la lesión del bien jurídico (el desvalor de resultado) tiene sólo relevancia en el Derecho Penal dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de la acción). El desvalor personal de la acción es el desvalor general de todos los delitos en el Derecho Penal. El desvalor de resultado (el bien jurídico lesionado o puesto en peligro) es un elemento, que carece de independencia, de numerosos delitos (los delitos de resultado y de peligro). El desvalor de resultado puede faltar en el caso concreto sin que desaparezca el desvalor de tal acción, por ejemplo, en la tentativa inidónea.

Sin embargo, el argumento que Welzel pretende extraer del castigo de la tentativa inidónea no es válido. Si se castiga la tentativa inidónea y no se castiga, en cambio, la tentativa irreal a pesar de que en ambas el desvalor de acción es idéntico, es porque la primera de algún modo pone en peligro "el general orden público" o, para decirlo con palabras del propio Welzel, lesiona "la realidad del Derecho como poder espiritual", mientras la segunda no puede conmover ni conmueve de manera alguna la realidad del ordenamiento jurídico como poder espiritual. En un caso hay, pues, esa especial conmoción del orden jurídico (que no deja ser ya un desvalor de resultado) que, en cambio, falta en el otro. El distinto tratamiento dispensado a la tentativa inidónea y a la tentativa irreal prueba que lo decisivo no es el desvalor de acción, idéntico en ambos casos, sino el desvalor de resultado.

Lo que sucede es que, por razones político-criminales, el legislador a la hora de configurar los tipos delictivos puede destacar o hacer recaer más el acento en uno u otro tipo de desvalor, un ejemplo de ello parecen ofrecerlo los artículos 282 (amenazas) y 166 (ataques a las vías de comunicación), del Código Penal Federal, respectivamente. En el Derecho Penal tradicional, por influencia de la idea de la responsabilidad por el resultado, se hacía recaer el centro de la gravedad en el desvalor del resultado, especialmente en la lesión del bien jurídico, al castigar más gravemente el delito consumado que la tentativa, por lo que admite los delitos cualificados por el resultado. De ahí que el contenido sustancial de la antijuridicidad esté constituido en primer lugar por el desvalor de resultado. Precisamente porque el Derecho Penal se ocupa tan solo de comportamientos exteriorizados con relevancia social, sus valoraciones parten, lógicamente, de una función selectiva (destaca como particularmente intolerables determinadas lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos) y sólo cobra significación jurídico-penal en la medida en que va referido a la creación de riesgos o lesiones de bienes jurídicos.

2. *Causas de licitud*

La doctrina mexicana acepta con carácter unánime la distinción entre causas de licitud y causas de inculpabilidad.

Las causas de licitud llevan implícito un precepto permisivo, que infiere a las normas de carácter general, mandatos o prohibiciones, dando lugar a que la conducta prohibida o la no realización de la conducta ordenada, en los delitos de omisión, sea lícita.

La distinción entre causas de licitud y causas de inculpabilidad, que opera también en la Filosofía del Derecho, ha sido acogida por la Dogmática Penal y la jurisprudencia mexicana, quienes de forma genérica entienden que, en tanto las causas de licitud eliminan el carácter delictivo del acto, basándose según las teorías monistas, en el principio del interés preponderante,[413] las causas de inculpabilidad eliminan el juicio de culpabilidad, que recae sobre el autor.[414] El Código Federal de Procedimientos Penales, establece en el artículo 168, párrafo tercero:

---

[413] Mientras que otros penalistas consideran, siguiendo a Mezger, que el consentimiento del ofendido y el consentimiento presunto se basan en el principio de la ausencia de interés y las restantes causas de justificación en el principio de interés preponderante.

[414] El término causas de inculpabilidad que utiliza la doctrina mexicana, en un sentido muy amplio, es comprensivo de las causas de inimputabilidad o de exclusión de la capacidad de culpabilidad y de las causas de inculpabilidad en sentido estricto.

"La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado **alguna causa de licitud** o alguna excluyente de culpabilidad".

Las causas de licitud están contenidas en el Capítulo IV, artículo 15, del Código Penal Federal y son denominadas "Causas de exclusión del delito". En la parte especial del Código Penal se regulan también algunas causas de licitud específicas, cuyo campo de aplicación se circunscribe a algunas figuras delictivas, como el delito de aborto (artículo 334) y el delito de difamación (artículo 352). Los deberes y los derechos pueden derivarse, por otra parte, tanto de un precepto legal, como de otras disposiciones jurídicas de rango inferior, de convenios o tratados internaciones o del Derecho consuetudinario.

1. Naturaleza y efectos. A pesar de los intentos de sistematizar las causas de licitud, hoy en día no se ha logrado todavía de manera completa.[415] A propósito de esta problemática han discurrido las **teorías monistas de la justificación**, frente a la llamada **teoría dualista de la justificación**, según que propongan uno o varios principios para fundamentar las circunstancias por lo que un hecho debe entenderse justificado.

La **teoría monista** es aquella que sostiene, que las causas de licitud responden a un solo principio: el empleo del medio adecuado para el fin justo, o la ponderación de valores en el conflicto de valores, o el respeto de la pretensión prevalente a un bien en la situación concreta, o la regulación socialmente conveniente de los intereses o contraintereses, por ejemplo, las que fundamentan la autorización en que la realización de la acción causa más utilidad que daño social. Todo esto no significa otra cosa que la fórmula del motivo bien fundado.

Sin embargo, esta teoría se ve obligada a recurrir a un alto grado de abstracción, y por consiguiente carece de la precisión necesaria.

La **teoría dualista** sostiene que es imposible explicar todas las causas de licitud en base a un principio único.[416] Si bien, ciertos

[415] Cfr. En la ciencia penal mexicana, se ha ido abriendo paso, sin embargo, el criterio de que el fundamento de las causas de justificación es más complejo y con frecuencia se entrecruzan varios principios. Cfr. Malo Camacho, Gustavo, Derecho Penal Mexicano..., pp.409-410.

[416] Exposición pormenorizada del estado de la cuestión en Jakobs, Günther, Derecho penal, parte general..., p. 420 y s.; y en contra Jiménez Huerta, Mariano, La antijuridicidad, México, Imprenta Universitaria, 1950, p. 31; al referirse que no puede haber lugar a un juicio desvalorativo sobre la conducta sin la contrariedad

criterios sirven para explicar algunas, es necesario integrarlos con otros que sirven de base a las restantes. Por ello, se aceptan los principios de licitud básicos que dan explicación al conjunto de causas de justificación.

a) El *principio de ausencia de interés*, permite explicar el efecto justificante del consentimiento del ofendido, en los casos en que el mismo es legalmente procedente.
b) El *principio del interés preponderante*, funciona para fundamentar las restantes. Sin embargo, admite distintas interpretaciones:

1. En el estado de necesidad justificante, se fundamenta en que el orden jurídico, en ciertas circunstancias, otorga a los bienes jurídicos que considera más valiosos, preeminencia sobre otros cuando están en colisión.
2. En el cumplimiento de un deber y la defensa legítima, la preponderación asignada a determinados bienes jurídicos se acuerda con total prescindencia del valor de los bienes jurídicos en contradicción.

2. Elementos subjetivos de licitud. Conviene ahora analizar el aspecto subjetivo de las causas de licitud. Por una parte, la del *error sobre la licitud*: el sujeto activo de la conducta entiende que ésta aparece amparada por una causa de licitud realmente inexistente, o que en ningún modo capta aquella acción, o bien yerra sobre la presencia de los presupuestos objetivos a los que el legislador vincula el correspondiente efecto lícito. Y por otra parte, los elementos *objetivos de licitud*, aquí, a diferencia del error antes mencionado, partimos de la presencia de los presupuestos objetivos de la causa de licitud correspondiente y lo que se discute entonces es si dicha situación objetiva debe encontrar reflejo en la conciencia (y voluntad) de quien actúa.[417]

formal con el mandato o la prohibición emanados del orden jurídico, contradicción que por sí misma no integra la esencia de lo antijurídico; "obvio es que lo que contradice dicho orden ha de representar una sustancial negación de los valores sociales que nutren el contenido y la razón de ser del orden jurídico. Pavón Vasconcelos, Francisco, Derecho Penal mexicano..., pp. 327 y 338, apegándose plenamente a la postura de M.E. Mayer, la cual queda completada por el concepto de Jiménez de Asúa, que ve, en el bien jurídico, el objeto de la protección, identificado con aquellos intereses superiores dignos de ser tutelados.

[417] El cambio de rumbo en el planteamiento del problema vendrá de la mano de H. Von Weber. Con este autor nos encontramos, por primera vez, con un elemento subjetivo de justificación general, esto es, como dato constante en todas las causas de justificación. Estableciendo un completo paralelismo entre elementos objetivos y

Sin embargo, y en contra del criterio subjetivo de la antijuridicidad FRANCO GUZMÁN reafirma que para calificar un hecho como delito, debe prescindirse de todo elemento subjetivo. Refiriéndose a la estructura subjetivista de la antijuridicidad, considera su error principal la exclusión de los inimputables como sujetos activos de actos antijurídicos, puesto que el Derecho tiene un carácter absoluto de valor y por esa razón se dirige tanto a los sujetos capaces como a los incapaces.[418] El mismo autor expresa de manera decisiva la inutilidad de aplicar una medida de seguridad al incapaz que con su conducta ha lesionado un interés protegido por la norma, concluyendo FRANCO GUZMÁN: "los que sostenemos la existencia de una antijuridicidad como elemento del delito, con naturaleza objetiva podemos aceptar que se hable de un aspecto objetivo de la ilicitud, que por consiguiente, se considera como la nota conceptual más importante del delito".[419] Ya sobre estas bases se pueden admitir que la culpabilidad sea el aspecto subjetivo de la ilicitud. De igual manera, VILLALOBOS afirma: "la valoración de los actos es netamente objetiva: el homicidio es un desvalor jurídico o un antijurídico. Por tanto es acertada la fórmula que declara que la antijuridicidad es la violación de las normas objetivas de valoración. Nada importan los rasgos subjetivos de quien comete el acto: sea su autor un infante, un hombre maduro y normal o un enajenado, el homicidio es antijurídico.[420]

3. El error en las causas de licitud. Conviene recordar que para constatar la presencia efectiva del presupuesto de la licitud recurriríamos a una valoración de todos los datos presentes en el momento, a pesar de que fueran descubiertos después y hubiesen sido imperceptibles para el espectador objetivo colocado en la posición del autor. Sólo cuando conforme a esta valoración se constate que dicho presupuesto no existió (por mucho que la apariencia engañosa indicara lo

elementos subjetivos del tipo, por un lado y elementos objetivos y elementos subjetivos de justificación, por el otro. A partir de la construcción de este autor el problema se desplazará definitivamente, desde el análisis de las particulares causas de justificación hacia la construcción dogmática de la categoría injusto.

418 Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco, Derecho Penal mexicano..., pp. 321 y 327, concibiendo lo antijurídico como un juicio valorativo, de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el Derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado.

419 En el mismo sentido Franco Guzmán, Ricardo, Prólogo a la versión en español del libro de Biagio Petrocelli, La antijuridicidad, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.

420 Villalobos, Ignacio. Derecho Penal mexicano..., p. 251.

contrario) podrá entrarse a juzgar el error.[421] Esto puede darse por falta de elemento subjetivo (el autor no quiere actuar conforme a Derecho, pero su acto causa un resultado objetivamente lícito), o por falta del elemento objetivo (el sujeto quería actuar conforme a Derecho, pero el acto que produjo no está objetivamente autorizado por el Derecho). En un caso como en el otro nos encontramos con un error que, aun cuando no afecta a la antijuridicidad, puede tener repercusiones en otra categoría del delito (la culpabilidad) o en la determinación de la pena. Uno de estos casos se da en el supuesto de la creencia errónea en la existencia de los presupuestos objetivos de una causa de licitud: el sujeto creía en la existencia de un hecho que de haberse dado realmente hubiera tornado lícita su acción (el autor disparó porque creía erróneamente que la víctima iba a dispararle).

La repercusión práctica de lo que se acaba de decir, se refleja sobre todo en que mientras exista causa de licitud no habrá responsabilidad de ningún tipo y tampoco cabe la defensa legítima de la persona sobre la que recae la acción lícita, no obstante, si, y en la medida en que ésta sea inocente y no haya provocado la suposición errónea del que actúa lícitamente (estado de necesidad). Los supuestos de *error in persona* o de *aberratio ictus* en la realización de un acto amparado por una causa de licitud (el disparo de la defensa legítima alcanza a un tercero, se detiene a una persona distinta, etc.), deben ser tratados conforme a las reglas del error de tipo. Pero también, puede darse un error sobre límites de la causa de licitud; el sujeto creía erróneamente que su acción está autorizada. En ninguno de los dos casos se da el elemento objetivo de la respectiva causa de licitud (defensa legítima, ejercicio de un derecho) y el hecho es antijurídico. Pero, como más adelante veremos, este error puede afectar a la culpabilidad como error de prohibición, bien excluyéndola totalmente, si el error era invencible, bien atenuándola, si era vencible.

La doctrina dominante entiende que a cada causa de licitud pertenece, como elemento subjetivo, al menos el conocimiento por parte del sujeto de las circunstancias que fundan la justificación.

Indispensable es en este punto diferenciar entre la finalidad y la motivación. Al Derecho sólo le interesa la conformidad entre la

421 Uno de los problemas más discutidos de la teoría del error es el de cómo se ha de tratar el caso en que el sujeto se representa erróneamente los presupuestos objetivos (materiales) de una causa de justificación. Por ejemplo, en la defensa legítima putativa: alguien toma por un ladrón que le ataca al transeúnte que se aproxima a toda prisa a preguntarle el camino o la hora, y le mata de un disparo.

norma jurídica y la finalidad actual del sujeto. Lejos de la valoración están todos los factores que coadyuvan a la formación de la voluntad, tales como creencias, necesidades, afectos, impulsos, tendencias, pasiones, sentimientos, etc. Al Derecho no le interesa por qué el destinatario de la norma se comporta de conformidad con el mandato; sólo le importa que se comporte como le ha prescrito que lo haga.

Para BALDÓ LAVILLA, en el estado de necesidad "si un sujeto emprende una *actio duplex* de salvaguarda agresiva o defensiva estimando incorrectamente su valor de salvaguarda, incurre en un error de tipo limitador".[422] Este autor considera por demás importante que, "él único valor de salvaguarda que puede justificar -realmente- el comportamiento del sujeto es el valor objetivo (probabilidad objetiva) de salvaguarda pronosticable *ex ante* conforme a leyes científicas o de la experiencia. De tal forma que si éste no existe, no concurre una facultad *real* de salvaguarda agresiva o defensiva, ni un correlativo deber de tolerancia en la esfera del tercero-solidario o del tercero cualificado".[423]

4. Justificación incompleta y atenuación de la pena. La antijuridicidad es una categoría del delito que puede ser graduada, es decir, admitir diversas valoraciones desde el punto de vista de su gravedad. Normalmente, la mayor o menor gravedad de la antijuridicidad de un hecho se tiene en cuenta en la configuración del tipo de injusto específico de un delito; así por ejemplo, matar a otro por medio de inundación, incendio o veneno, convierte el simple homicidio en un homicidio calificado previsto en el artículo 315, párrafo tercero, del Código Penal Federal.

Otras veces, la diversa gravedad de la antijuridicidad se refleja en una simple circunstancia modificadora agravante o atenuante que incide en las reglas para la determinación de la pena dentro del marco penal correspondiente al delito cometido.

5. Las causas de licitud en particular. Nuestra legislación penal federal considera que son causas de justificación:

a) se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se llenen los siguientes requisitos: que el bien jurídico sea disponible; que el titular, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y, que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento tácito cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.

b) Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa, racionalidad en la defensa respecto a la amenaza y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe defensa legítima, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al hogar del que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el inculpado tenga la obligación de defender, o a sus dependencias, o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

c) Se obre por necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

d) La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplir el deber o ejercer el derecho y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.

a. *La defensa legítima*

La naturaleza de la defensa legítima como causa de justificación parece fuera de duda, pero durante mucho tiempo estuvo confundida con las causas de inculpación, planteándose como problema de miedo o de perturbación del ánimo, en el que se defiende porque se es objeto de un ataque. De modo que quien actúa en defensa legítima, lleva a que su conducta sea lícita, es decir, jurídica, por la exclusión de la antijuridicidad. Pero en la medida en que la defensa sea respuesta

[422] BALDÓ LAVILLA, Francisco, Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las —situaciones de necesidad—, Barcelona, España, Bosch, 1994, p. 157.

[423] *Ibidem*, p. 158.

proporcionada a una agresión injusta, no cabe duda de que, cualquiera que sea la actitud anímica del que se defiende, existe auténtica causa de licitud que legitima el acto realizado.[424]

La defensa legítima es la reacción a una agresión injusta, por eso, no se encuentra en primer plano el criterio de la proporcionalidad, sino el de la necesidad racional, debiéndose acreditar plenamente y no derivarse de presunciones. Contrario a lo anterior sería la riña que excluye la defensa legítima, ya que en la primera los adversarios se colocan en un mismo plano de ilicitud de la conducta, en tanto que en la segunda la acción defensiva es lícita.[425] Ahora bien, dos son las bases en que se concreta aquélla idea fundamental: en el principio de protección y en el de mantenimiento del orden jurídico. La relación entre estos dos aspectos es la siguiente: el primero está en referencia a la persona, es decir, al individuo como ser social e implica por ello la defensa de la persona y sus derechos; el segundo hace referencia al ordenamiento jurídico y a la defensa que de él se hace al defenderse a la persona y sus derechos. Lo cual parece correcto, pues si el ordenamiento jurídico reconoce a la persona como tal y sus derechos, necesariamente al defenderse a éstos, se está defendiendo también al ordenamiento jurídico,[426] como es el caso que establece el artículo 15, fracción IV, del Código Penal Federal:[427]

[424] Sobre el particular existe la publicación de Ontiveros Alonso, Miguel, *Legítima defensa e imputación objetiva. Especial referencia a los mecanismos predispuestos de autoprotección*, INACIPE, 2004, que a mi parecer es la primera obra quie se escribe por un mexicano sobre un tema especializado.

[425] Sostienen este criterio las tesis jurisprudenciales 303, de la Sexta Época, visible en la página 168, Tomo II, Parte SCJN del Apéndice de 1995, del Semanario Judicial de la Federación; Tomo IV Segunda Parte-1, julio a diciembre de 1989, de la Octava Época, visible en la página 311, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, respectivamente, cada una bajo el rubro:

"**RIÑA Y LEGÍTIMA DEFENSA**. La riña excluye la legítima defensa, ya que en la primera los adversarios se colocan en un mismo plano de ilicitud de la conducta, en tanto que en la segunda la acción defensiva es lícita".

"**LEGÍTIMA DEFENSA Y RIÑA, NO PUEDEN COEXISTIR**. La excluyente de responsabilidad de legítima defensa y la atenuante de riña se excluyen entre sí, porque mientras la primera se refiere a la repulsa de una agresión ilegítima, imprevista, inevitable, violenta, actual, inminente, obrando el activo en defensa de su persona o bienes, así como el de los mismos conceptos pero de un tercero; en la segunda, los contendientes no sólo prevén la agresión, sino que aceptan el reto sin exteriorizar ninguna voluntad para evitarla".

[426] En sentido similar Pavón Vasconcelos, Francisco, Derecho Penal mexicano..., p. 340.

[427] Como fácilmente se advierte de la comparación del texto vigente y del derogado, el artículo 15 del Código Penal erradicó la tan criticada expresión de "circunstancias excluyentes de responsabilidad", que Carrancá y Trujillo prefirió

"Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión".

Se desprende, de la noción legal,[428] como elementos de la defensa legítima los siguientes:

denominar "causas que excluyen la incriminación", por considerar de mejor técnica. Ahora simplemente se relacionan, en el citado precepto, las causas que excluyen el delito, sin referirse el texto legal a ningún término que pueda originar discrepancias por aludir a la responsabilidad o a la incriminación (como lo hacen otros códigos), términos ambos inadecuados por inexactos o incompletos. Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco, Derecho Penal mexicano..., pp. 339 y s.

[428] El Maestro Ricardo Ojeda Gándara, quien me distingue con su amistad, cuando comentamos las reformas que remitió el Ejecutivo Federal al Congreso de la Unión en marzo de 2004, en lo relativo a la defensa legítima, coincidimos en emplear el título "legítima defensa" por respeto al texto del proyecto de reforma presentado por el Ejecutivo en 2004, sin embargo, es pertinente usarlo a la inversa, quedando —entonces— como "defensa legítima", en razón de que, en nuestro idioma debe usarse primero el sustantivo y luego el calificativo, de modo que inicialmente hay que esclarecer si hubo defensa y, posteriormente, determinar si fue o no legítima (aunque es una especie de tradición doctrinaria, jurisprudencial y hasta legislativa, en el Código Penal Federal ya se le denomina adecuadamente —ver el párrafo segundo de la fracción IV, del artículo 15)—. Esta figura tiene su origen en el Derecho Natural, pues el hombre, al igual que todos los seres, tiende a preservar su vida y/o integridad, pues a ello lo impele el instinto de conservación, por lo cual él repelerá tanto agresiones justas como injustas. La esencia de las causas de justificación es que el derecho no ceda ante lo injusto, por ello es que se regula la necesidad y la racionalidad en la defensa. Así, dadas las condiciones de inseguridad y de violencia que privan en la sociedad actual, creemos que no se debe exigir al gobernado pacífico y respetuoso de la ley que, cuando llegue a defenderse de un ataque injustificado, tenga que hacerlo con racionalidad en los medios que emplea. Normalmente las agresiones son tan sorpresivas, que no ha lugar a buscar un medio idóneo de defensa para repelerlas, nos parece que con el medio que se tenga al alcance es adecuado defenderse, siempre y cuando se haga con racionalidad, sin exceso, a pesar de que el medio con el que se defiende sea excesivo o irracional. En ese orden de ideas, pensando un poco en la víctimas, consideramos adecuada la propuesta, misma que, en este aspecto, contribuye, junto a otras medidas recientes

a) **La existencia de una agresión real, actual o inminente y sin derecho**, basta que se trate de una conducta humana que ponga en peligro a la persona o derechos, encontrándose demostrado tal peligro fehacientemente, tal y como lo manifiesta la tesis jurisprudencial siguiente:

> "**EXCLUYENTES**. Las excluyentes de responsabilidad (y por ende la legítima defensa), no deben presumirse, y sólo operan a favor de un encausado cuando se hallen fehacientemente demostradas, salvo los casos de presunciones legales que en materia de defensa legítima establece la propia ley".

Caso diferente sucede en el orden militar, que además de lo señalado con anterioridad, requiere prueba pericial, atento a lo dispuesto por el artículo 515, fracción IX, del Código de Justicia Militar; al respecto, el Poder Judicial de la Federación ha interpretado:

> "**MILITARES. LEGÍTIMA DEFENSA NO ACREDITADA POR FALTA DE PRUEBA PERICIAL.** Para estimarse plenamente acreditada la excluyente de incriminación de legítima defensa contenida en el artículo 119, fracción VIII, del Código de Justicia Militar, se requiere como requisito indispensable que aparezca probada mediante una prueba pericial, atento a lo dispuesto por el artículo 515, fracción IX, del ordenamiento legal citado, que en su parte conducente dice: «La detención en ningún caso podrá exceder de setenta y dos horas, sin que se justifique con un auto de formal prisión que llene los siguientes requisitos: ...IX. Que no esté justificada, con prueba pericial, a favor del acusado, la existencia de alguna circunstancia excluyente."
>
> Séptima Época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SÉPTIMO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 193-198 Sexta Parte, Página: 115

> "**EXIMENTES (LEGISLACIÓN MILITAR).** Para que opere la eximente contenida en la fracción III, del artículo 119 del Código de Justicia Militar, es preciso que la agresión inicial haya partido del occiso, acompañada de las circunstancias previstas por la misma ley."
>
> Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: CXIX. Página: 2629.

---

en la materia, a sacarlas del enorme hoyo donde durante mucho tiempo estuvieron sumidas, por virtud de un criterio en materia penal que parecía ocuparse únicamente de los sujetos activos de la delincuencia, pero no de los pasivos.

Por eso hay que rechazar la identificación con acotamiento, como empleo de fuerza material, física, sobre la persona o derechos.[429] Por *agresión* no sólo debe entenderse una acción que signifique fuerza o violencia, sino cualquier acción que amenace o ponga en peligro intereses jurídicamente protegidos. La ley, por su parte, exige que se trate de una agresión auténtica, real, no imaginaria; que no se encuentre sólo en la mente de quien reacciona sino que exista realmente.[430] Por ello, todo interés jurídicamente protegido se encuentra ampliamente amparado por esta causa de licitud. La agresión ha de ser, además, *actual*, esto es, cuando reviste caracteres de inminencia, de tal suerte que lo que importa para los efectos del Derecho Penal, es la amenaza creada por aquél, y no la actualidad de la lesión que sufre quien se defiende, o en otros términos, lo que caracteriza a la defensa legítima es que el rechazo de la agresión se realice mientras ésta persista, esto es, en tanto que pone en peligro la integridad corporal o la vida de quien se defiende y aún la de un tercero, tal y como expresa la tesis aislada I.6o.P.30 P, de la Novena Época, Tomo: XIV, Diciembre de 2001, emitida por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta y visible en la página 1751, con la rúbrica:

> "**LEGÍTIMA DEFENSA DE BIENES JURÍDICOS DE TERCEROS. LA PROVOCACIÓN DEL AGREDIDO NO INHABILITA A QUIEN LO DEFIENDE.** La moderna doctrina penal ha aceptado la estructura compleja de los tipos permisivos o causas de justificación; así, dentro de los elementos subjetivos que conforman la causa de justificación de legítima defensa, destaca la suficiencia de la conducta por parte del agredido, elemento sobre el cual el juzgador debe emitir un juicio de valor para establecer si es o no inadecuada para la coexistencia y, consecuentemente, afirmar que la misma atenta contra el principio fundamentador del tipo permisivo en comento, consistente en que nadie está obligado a soportar lo injusto. No obstante, en tratándose de la defensa de bienes jurídicos de terceros, no son aplicables tales consideraciones con la condición de que quien actúe de esa manera no hubiere participado en la provocación, aun cuando tuviere conocimiento de la conducta desvalorada

---

[429] En el mismo sentido Plascencia Villanueva, Raúl, Teoría del delito..., p. 142.

[430] Cuando esa agresión no existe o es sólo producto de la imaginación del que cree defenderse, se desestima la eximente, y sólo en algunos casos excepcionales de deficiente percepción de la realidad debido al miedo, ofuscación, etc., se admite alternativamente la eximente de miedo insuperable o cualquier otra causa de atenuación o incluso de exclusión de la culpabilidad, que deja sin embargo, intacta la antijuridicidad del hecho realizado por el que ha actuado en esas circunstancias.

jurídicamente por parte del agredido, pues tal circunstancia no lo inhabilita para defenderlo legítimamente, siempre que se acrediten los elementos objetivos y subjetivos del tipo permisivo de que se trata."

Las reglas de la defensa legítima del artículo 15, fracción IV, del Código Penal Federal, no sólo permiten emprender acciones de salvaguarda propia que ocasionan riesgos para terceros, sino que asimismo permiten emprender acciones de salvaguarda ajena que conlleva riesgos para terceros. En este caso, se habla de defensa legítima en auxilio de terceros, la cual presenta además unas características propias (si la facultad de salvaguarda de terceros en defensa necesaria es una facultad dependiente o una facultad autónoma), así como una problemática sistemática específica (la delimitación entre las facultades de salvaguarda ajena en defensa necesaria y los deberes de salvaguarda ajena en amparo activo). Sin embargo, la defensa legítima no es admisible, cuando los medios empleados no sean objetivamente aptos para *evitar o disminuir el riesgo de que el peligro se materialice en lesión;* así lo sustenta la tesis jurisprudencial XIV.2o.85 P, del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito de la Novena Época, visible en el Tomo VIII, Noviembre de 1998, página 541:

"**LEGÍTIMA DEFENSA. NO OBSTANTE QUE SE ACTUALIZAN LAS PRESUNCIONES DE LA DEFENSA PROPIA, ÉSTA NO ES LEGÍTIMA SI EL AGREDIDO PREVINO LA AGRESIÓN Y PUDO FÁCILMENTE EVITARLA POR OTROS MEDIOS LEGALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CAMPECHE).** El artículo 13, fracción III, del Código Penal del Estado de Campeche, establece entre otras, como causa excluyente de responsabilidad, cuando el acusado obra en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente. Asimismo, el precepto citado establece que se presume que concurren los requisitos de la legítima defensa respecto de aquel que durante la noche rechazare, en el momento mismo de estarse verificando, el escalamiento o fractura de los candados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor, e igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiera en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquier persona que tenga obligación de defender o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación, siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una

agresión. Ahora bien, este órgano colegiado estima que si en el caso a estudio se actualizaron las presunciones acabadas de reseñar, ello únicamente conduce a tener por configurados los requisitos exigidos por la figura de la defensa propia consistentes en que el acusado obre en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente; sin que por ello se excluya el análisis de su legitimidad, para lo cual deberá examinarse si se surte alguna de las causas señaladas en ese propio precepto legal y que son las siguientes: "Primera. Que el agredido provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella; Segunda. Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales; Tercera. Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa; y Cuarta. Que el daño que iba a causar el agresor, era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa.", pues no debe olvidarse que el límite de la defensa para que sea legítima requiere que no concurran ninguna de las cuatro causas previstas por el legislador. En consecuencia, no obstante que en el caso a estudio se actualizó la presunción de la existencia de una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resultó un peligro inminente, no se perfecciona la legítima defensa al actualizarse una de las causas previstas por el legislador consistente en que el agredido previó la agresión, por lo que necesariamente debió defenderse por la vía legal que entonces tenía a su alcance, es decir, por medio de los gendarmes que perseguían a los intrusos, por lo que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa que culminó con la muerte de uno de estos últimos."

Ello obedece a dos motivos: por una parte, es necesario que exista algo tan drástico como un ataque frontal para hacer tolerable el pasar por alto la proporcionalidad entre el bien atacado y el daño causado en la defensa.

Para BALDÓ LAVILLA, el elemento definidor de toda verdadera facultad de salvaguarda agresiva justificante radica en el **deber de tolerar** la acción de salvaguarda legítima conforme a la misma.[431]

Frente a una facultad de defensa legítima *stricto sensu*, no cabe **defensa legítima, ni estado de necesidad agresivo o defensivo**. El deber de tolerar la defensa necesaria lo impide. Así, el incumplimiento del deber de tolerancia de la defensa ajena comporta una nueva sujeción al principio de responsabilidad. Y posee, por lo demás, un sentido de interrupción de cursos salvadores. Coherentemente con

[431] *Estado de necesidad y legítima defensa...*, p. 326.

ello, cierra la posibilidad de un auxilio de terceros a favor del agresor —por ejemplo, vía defensa legítima o estado de necesidad de terceros—[452] (...) porque este deber de tolerar la defensa necesaria posee efectos *erga omnes*.[453]

Por otro lado, la evitación del delito planificado, así como la recuperación planificada de los bienes sustraídos delictivamente, es misión de la policía; sólo al haber un ataque actual, la urgencia de la situación sobrepasa la preocupación por las competencias. En este sentido ha de interpretarse el carácter actual.[454] La inminencia del ataque equivale, sin embargo, al ataque mismo. El sujeto que se defiende no tiene que esperar a que el ataque se produzca efectivamente. Tampoco que la voluntad del agresor sea inequívoca. Sacar el revolver de su funda, por ejemplo, prefiriendo al mismo tiempo la muerte, es un signo inequívoco para cualquier observador imparcial, de que el ataque va a comenzar, esto es, cuando éste puede decidir por sí mismo, y cuenta con los medios necesarios para ejecutar el acto agresivo.

b) **Un peligro de daño, derivado de ésta,**[455] pueden presentarse tanto de acción como de omisión, así también deben ser agresiones dolosas, es decir, el ataque a un bien jurídico debe ser intencional; frente a lesiones o puestas en peligro simplemente culposas, no cabe la defensa legítima,[456] pero sí el estado de necesidad. A la vez, los bienes jurídicos pueden ser propios o ajenos, esto es, que la defensa legítima es susceptible de darse no sólo en defensa de los bienes propios sino

[452] *Ibidem*, p. 327.

[453] *Idem*, p. 327.

[454] Punto de referencia de la actualidad no es, de modo distinto a como ocurre en la tentativa, la (formal) realización del tipo (sobre todo teniendo en cuenta que no se trata de bienes jurídico-penalmente protegidos), cuando no se cuestiona excepcionalmente la legítima defensa del Estado en forma de evitación de delitos, sino la pérdida, es decir, cuando ésta es inminente, o bien es posible interrumpirla, o acaba de tener lugar de un modo reversible.

[455] El peligro o probabilidad de daño debe recaer en cualquier clase de bienes protegidos por el Derecho, tanto del que se defiende como de un tercero a quien se defiende, es decir, la amenaza del mal puede poner en peligro la vida, la salud, la libertad, la reputación y cualquier bien objeto de protección legal. Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal mexicano..., p. 77.

[456] La circunstancia de que el comportamiento del agresor sea sólo culposo, no hace socialmente intolerable el daño que le infiere el agredido. Lo que debe exigirse es racionalidad del medio empleado en la defensa, pero este requisito no guarda relación con la naturaleza volitiva del acto ejecutado por el agresor. *Cfr.* Bacigalupo Zapater, Enrique, Derecho Penal, Parte General..., p. 226; Welzel, Hans, Derecho Penal alemán...p. 128.

también en la defensa de bienes ajenos que está siendo objeto de afectación, lo cual es atendible según el criterio sustentado en la tesis jurisprudencial publicada en la página 215, del Semanario Judicial de la Federación, correspondiente a la Octava Época, de febrero de 1992, bajo el rubro:

> "**LEGÍTIMA DEFENSA. CASO EN EL QUE NO SE CONSTITUYE LA AGRESIÓN.** No obstante que la víctima de un delito de homicidio hubiere propinado un golpe en la cara al sujeto activo del ilícito, tal acontecimiento no puede estimarse constitutivo de una agresión, sino fue realizado con ímpetu lesivo sino sólo para manifestar desprecio; consecuentemente, no es posible jurídicamente hablar de legítima defensa, pues la agresión debe tener como presupuesto necesario una situación de peligro para la persona, honor o bienes propios o de un tercero a quien se defiende, lo cual de ninguna forma se presentó en el supuesto de que el victimario disparara un arma de fuego para contener a aquél".

c) **Una defensa, un rechazo de la agresión o contrataque para repelerla,** sólo se da cuando es contemporánea a la agresión y que persiste mientras la agresión dura, siempre que sea, además, la única vía posible para repelerla o impedirla, es decir, que quien actúe no tenga más alternativa que reaccionar como lo hace, a fin de salvaguardar sus derechos,[457] lo que significa que conforme a las circunstancias del caso concreto, debe haber sido el medio menos lesivo para el agresor.[458] Ejemplo, contra un ataque con los puños, el defensor que dispone de un cuchillo sólo está autorizado a emplear el arma para amenazar (en caso de que haya expectativa de éxito y no sean de temer la lucha cuerpo a cuerpo y la pérdida de la posibilidad de defensa), pero contra un ataque con un arma de fuego quedará sólo la posibilidad de acuchillar inmediatamente.

> "**POLICÍAS, LEGÍTIMA DEFENSA EN LA ACTUACIÓN DE LOS.** La circunstancia de haber marcado el alto un policía a un probable infractor de la ley, no puede constituir la provocación que elimine la excluyente de legítima defensa, porque tal agresión pueda preverse, ya que a los agentes de la autoridad no puede exigírseles

[457] En el mismo sentido, MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal mexicano..., p. 417.

[458] Para la determinación de la necesidad de la acción ejecutada resulta de utilidad el método hipotético-comparativo, que consiste en analizar cuáles eran, según las particularidades del caso, los medios de los que podía valerse el autor para repeler la agresión.

ese extremo, puesto que su capacidad de apreciación no puede traspasar los límites de lo humano, que implicaría que la policía, en todo caso de aprehensiones que realice, debería estar prevenida para tal efecto, que bien puede realizarse o no; sin que pueda hablarse de la existencia de una riña, pues la actuación del acusado en su carácter de policía, excluye la provocación por su parte, así como la presencia de ánimo rijoso".

d) **Ausencia de provocación.** En principio, una interpretación estricta de este requisito llevaría a la injusta conclusión de que cuando la agresión es consecuencia de una previa provocación[439] del que luego se defiende ante ella, en ningún caso cabe apreciar defensa legítima;[440] en este sentido se ha pronunciado el Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, como se cita a continuación:

> **"LEGÍTIMA DEFENSA. CUANDO DEL ACUSADO PROVIENE LA AGRESIÓN, NO EXISTE LA.** Si de las actuaciones practicadas en investigación de los hechos, se desprende que fue precisamente el inculpado quien agredió a las víctimas; ello basta para estimar que no obró en legítima defensa, porque la ley penal exige para que se configure esta excluyente de responsabilidad que el activo repela la agresión de que es objeto, y no así que sea precisamente él quien agreda, como en el caso ocurre, disparando su arma contra las víctimas, incluso una de ellas recibe impactos por la espalda".
>
> Octava Época.Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XIII, Febrero de 1994, Página: 347.

El Código Penal Federal en su numeral 209, contempla la provocación suficiente y, de acuerdo con una correcta interpretación de este término, habrá que entender que sólo cuando la agresión es la reacción normal a la provocación de que fue objeto el agresor se podrá denegar la defensa legítima.[441] Además, resulta que la provo-

[439] Una provocación puede ser entendida como causa eficiente de la agresión, siempre que el "provocado-agresor" haya tenido conocimiento de su existencia.

[440] Sin embargo, esta interpretación podrá conducir a una pura responsabilidad por el resultado, si se niega toda posibilidad de defenderse a quien ciertamente provocó la agresión, pero no con la entidad con que ésta se produjo.

[441] Al respecto consúltense los criterios jurisprudenciales siguientes:

"PROVOCACIÓN A LA COMISIÓN DE UN DELITO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). El artículo 193 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla señala literalmente lo siguiente: ''El que públicamente provoque a cometer un delito o haga la apología de éste, o de algún vicio, o de quienes lo cometan, será sancionado con prisión de quince días a seis meses y multa de diez a cien pesos, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se impondrá al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido.''. Ahora bien, debe

cación ha de ser un comportamiento completamente imputable (culpable), pues de lo contrario, la imputación al defensor sería más intensa que la imputación al provocador, de modo que seguiría siendo adecuada la defensa legítima con su reparto unilateral de beneficios. También se puede tener en cuenta la provocación cuando a su vez ha sido provocada; es, pues, posible la provocación recíproca, es decir, la responsabilidad recíproca por lo agresivo de la situación, ejemplo, así como el ofensor sólo tiene derecho limitado a la defensa si el ofendido reacciona dándole puñetazos, del mismo modo éste sólo tiene derecho limitado de defensa cuando el ofensor, incurriendo en exceso, para repeler los golpes agarra un cuchillo.

En este sentido existe el criterio siguiente:[442]

> **"LEGÍTIMA DEFENSA, INMEDIATEZ DE LA PROVOCACIÓN EN LA.** Si no existe discrepancia entre el juzgador de primer grado en su resolución, la representación social, en sus agravios, y la responsable, en el fallo combatido, de que en el caso el inculpado causó la muerte del pasivo al repeler una agresión actual, violenta, sin derecho, y de la cual resultaba un peligro inminente para su integridad corporal o bien para su vida, y en el caso a estudio, el problema se circunscribe a determinar si el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella, sobre ese particular se estima que el elemento inmediatez que la ley exige en la causa que constituye la provocación de la agresión, no se surte en

indicarse que la provocación a cometer un delito debe ser directa y expresa, y sólo puede ser dolosa, o sea, con la voluntad y conciencia del agente de provocar la ejecución de un cierto y determinado delito."

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo VIII, Octubre de 1998. Tesis: VI.2o.218 P, Página: 1188. Tesis Aislada.

"INSTIGACIÓN O PROVOCACIÓN AL DELITO (CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MICHOACÁN). Conforme al artículo 171 del Código Penal del Estado de Michoacán, para que se tipifique el ilícito de instigación o provocación a cometer un delito, se requiere que la incitación sea pública, es decir, de carácter general. De suerte que si la inculpada, en las ocasiones en que incitó a los menores hijos de la ofendida a que lastimaran a ésta, lo hizo en el interior del domicilio que todos ellos habitaban, no fue pública la provocación".

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo IV, Segunda Parte-2. Tesis: Página: 723. Tesis Aislada.

"RIÑA. LA SIMPLE PROVOCACIÓN NO LA ACREDITA. Si bien el acusado manifiesta que tuvo un altercado con el occiso quien lo provocó dando origen a que le disparara, esta sola circunstancia no acredita la riña; pues por ésta se entiende la contienda de obra y no de palabra entre dos o más personas".

[442] En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: "Véanse: Sexta Época, Segunda Parte: Volumen V, Pág. 124. Volumen XLIX, Pág. 88. Volumen LVI, Pág. 51. Tesis de Jurisprudencia 281, Apéndice 1917-1975, Pág. 606".

el caso que se analiza, pues no puede otorgarse el carácter de causa inmediata al hecho de que un día anterior, el inculpado se haya apoderado de bienes propiedad del occiso. La inmediatez a que se refiere la circunstancia primera de la fracción III, del artículo 16 del Código de Defensa Social del Estado de Chihuahua, considerada igualmente en otros ordenamientos penales de la República Mexicana, implica, para estos efectos, una sucesión de actos, uno tras otro, momento a momento, que dada la naturaleza humana de los participantes y la situación emocional en que éstos se encuentran, no se les pueda exigir razonadamente una actuación diferente, atendiendo a las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, esto es, que a la provocación de uno de ellos, sobrevenga a continuación la agresión del otro, derivada de aquélla, y acto seguido la repulsa de la agresión por parte del provocador con el resultado lesivo producido, caso en que a éste no le beneficiaría la causa de la licitud denominada legítima defensa, por haber provocado la agresión de que fue objeto, dando causa inmediata y suficiente para ella. En este orden de ideas, no puede sostenerse válidamente que en un caso como el que se analiza concurre ese elemento negativo que haría inoperante la mencionada excluyente de responsabilidad en favor del inculpado, cuando entre el robo perpetrado por él en agravio del occiso y la agresión que sufrió de parte de éste, que repelió causándole la muerte, transcurrió un día, o aun cuando el occiso se hubiese dado cuenta del robo el mismo día de los hechos que culminaron con las lesiones que a la postre le causaron la muerte, en uno y otro caso, no se puede tener por acreditado el requisito de inmediatez que la ley exige entre la provocación y la agresión consecuente a dicha provocación, siendo de observarse que en este caso, sí le era exigible razonadamente al agresor, hoy occiso, no obstante el sentirse agraviado por el robo de que fue víctima, así como el impulso lógico y natural de querer recuperar sus objetos a la brevedad, que encontrándose en un régimen de Derecho, debió haber tratado de lograr esto, al igual que la sanción legal para su victimario, mediante el uso de las vías idóneas para tal efecto, esto es, recurriendo a la autoridad competente para ello, pero no tratar de obtenerlo mediante la agresión violenta en contra de quien le había desapoderado de sus objetos. Si bien el inculpado se colocó en un plano de ilicitud al momento de la comisión del delito de robo, éste ya había cesado y sólo subsistirían, en su caso, las consecuencias del mismo, sin que sea posible extender dicha circunstancia hasta relacionarla con los hechos relativos al homicidio, dado el tiempo transcurrido entre unos y otros. En la especie, no obstante tratarse de los mismos sujetos activo y pasivo y de la relación que se advierte entre uno y otro ilícito, dado el tiempo transcurrido entre ambos, deben considerarse como hechos aislados, por lo que no es posible aplicar el plano de ilicitud en que el inculpado se ubicó al

cometer el delito de robo, a su actitud defensiva desplegada a raíz de la agresión de que era objeto por el hoy occiso. Cierto es que el sujeto activo del delito cometió un robo en contra del hoy occiso y que debía, y debe, ser sancionado por él conforme a la ley y por las autoridades a las que la misma ley encomienda esa función, pero ello no justifica de manera alguna la agresión de que fue víctima por parte del hoy occiso, ni le impedía que justificadamente se pudiera defender de la misma, cuando estaba en peligro inminente su integridad física o su vida, razón por la cual, no sería dable jurídicamente sostener que el robo cometido con anterioridad por el acusado, sea obstáculo para que opere en su favor la legítima defensa cuando repeliendo la agresión que de aquél ilícito se derivó, aunque no de manera inmediata, causó la muerte de su agresor. De aceptar la posición sustentada en la postura opuesta, sería tanto como justificar, o al menos propiciar que quien sufre un ilícito penal, puede tratar de hacerse justicia por su propia mano, en contravención clara al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho".

El Código Penal Federal, y con él la doctrina y jurisprudencia de la mayoría de los países de nuestra área de cultura, requiere como requisito fundamental para apreciar la defensa legítima como causa de justificación, la existencia de una previa agresión ilegítima, entendiendo como tal la realmente existente, inminente y real agresión. Cuando esa agresión no existe o es sólo producto de la imaginación del que cree defenderse, se desestima la eximente, y sólo en algunos casos excepcionales de deficiente percepción de la realidad debido al miedo, ofuscación, etcétera, se admite alternativamente la eximente de miedo insuperable o cualquier otra causa de atenuación o incluso de exclusión de la culpabilidad, que deja, sin embargo, intacta la antijuridicidad del hecho realizado por el que ha actuado en esas circunstancias.[445] Esta interpretación conlleva a que cuando se haya verificado que el daño al agresor fue causado en las circunstancias mencionadas, corresponde a la acusación (ministerial y/o querellan-

[445] El carácter antijurídico de la agresión puede aparecer y desaparecer en cualquier momento de la unidad de acción lesiva del agresor. Esto es, una agresión ilegítima puede convertirse posteriormente en lícita y a la inversa, una acción justificada puede convertirse en ilícita. Es por ello, que la defensa legítima ejercida frente a una agresión antijurídica puede empezar a ser ilícita cuando adquiere el carácter de excesiva. Sin embargo, frente a una agresión antijurídica puede comenzar a ser ilícita, que representa este plus de antijuridicidad, ejerce el primitivo agresor una defensa, ésta reviste ahora el carácter de legítima.

te en su caso) acreditar que el acusado no obró bajo el amparo de la justificante. Es decir, que la norma produce el efecto de invertir la carga de la prueba, tal y como lo establece el Código Federal de Procedimientos Penales en sus artículos 134 y 168.

Respecto de los bienes jurídicos que pueden ser defendidos y cuya agresión constituye, por ende, el presupuesto de la defensa legítima,[444] el Código Penal Federal menciona expresamente los "bienes", (en sentido patrimonial) cuando el ataque a los mismos constituye delito y los ponga en peligro grave de deterioro o pérdida inminentes; y el "hogar" o sus "dependencias", si se penetra sin derecho en ellas (artículo 15, fracción IV, párrafo segundo). Además, de estos bienes jurídicos existen otros que también pueden ser legítimamente defendidos: como la vida, la integridad física, la libertad, el honor; es decir, bienes jurídicos individuales, que son los que el sujeto individualmente puede defender. Los bienes jurídicos comunitarios no pueden ser objeto de la defensa legítima aquí tratada, porque existen otros mecanismos de defensa jurídica a los que hay que recurrir para hacerla efectiva.

La ley penal, al igual que el Código de Justicia Militar expresamente reconocen que los bienes jurídicos protegidos en la defensa legítima, son todos, sin establecer más limitación que la que se trata de la racionalidad entre el bien jurídico defendido y los bienes jurídicos que se ponen en peligro con la agresión, sostiene este criterio la tesis de la Primera Sala, Quinta Época, Tomo: Informe 1943, visible en la página 50:

> "**LEGÍTIMA DEFENSA (EXCLUYENTE EN EL FUERO MILITAR).** La fracción III del artículo 119 del Código de Justicia Militar, establece como excluyente de responsabilidad penal, el hecho de obrar el acusado, en defensa de su persona o de su honor, salvo lo dispuesto en el artículo 292, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente a no ser que se pruebe algunas de las circunstancias que en la misma fracción se enumeran. Así, pues, si un reservista del Ejército, encontrándose en el desempeño de actos de servicio militar, dispara el rifle que portaba sobre un individuo que hizo ademán de agredirlo, causándole la muerte, no obstante que sólo lo había interrogado en forma comedida sobre el hecho de que

---

[444] *Cfr.* Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho penal..., pp. 192 y 193; Daza Gómez, Carlos, Teoría general del delito..., p. 149; Malo Camacho, Gustavo, Derecho Penal mexicano..., p. 418; Pavón Vasconcelos, Francisco, Derecho Penal mexicano..., p 295; Plascencia Villanueva, Raúl, Teoría del delito..., p. 138; Vela Treviño, La antijuridicidad..., pp. 78 y ss.

> quien era persona que acababa de hacer algunos disparos de arma de fuego, y al cadáver se le encuentra una pistola, y queda demostrado que el occiso había tenido disgustos anteriores con su matador, debe considerarse como perfectamente integrada la mencionada excluyente de responsabilidad penal, pues la noción de peligro inminente en la legítima defensa está constituida por la apreciación del mismo en forma subjetiva, bastando para que exista la excluyente citada, que el atacado injustamente se dé cuenta del daño que va a sufrir, esto es, que evidencie un peligro real y la inminencia de una agresión, presupuestos ambos, que se llenaron en el caso".

A la vez, los bienes jurídicos pueden ser propios o ajenos, es decir, que la defensa legítima es susceptible de darse no sólo en defensa de los bienes propios, sino también en la defensa de bienes ajenos que están siendo objeto de afectación.[445]

Por tanto, el fundamento de la defensa legítima es, efectivamente, doble. Tiene un lado individual, consistente en la necesidad de defensa del bien jurídico particular, y un lado supraindividual: la necesidad de defensa del orden jurídico.[446]

Entendido así el fundamento, resulta comprensible el por qué de la exención de la defensa. En un determinado momento aparece una agresión antijurídica que pone en peligro un bien jurídico de otra persona y, al mismo tiempo, pone en tela de juicio la validez y el cumplimiento del orden jurídico. Es lógico que surja el Derecho, tanto la necesidad de proteger el bien de la persona que se comporta fielmente al Derecho frente al ataque ilícito, como simultáneamente la necesidad de defender o afirmarse a sí mismo frente a esa agresión antijurídica.[447]

---

[445] En tal sentido Malo Camacho, Gustavo, Derecho Penal mexicano..., p. 418.

[446] Preferimos utilizar la palabra defensa porque su significado es mucho más amplio y permite comprender tanto el sentido de protección o mantenimiento como el sentido más activo de afirmación o prevalecimiento.

[447] Véase pormenorizadamente Luzón Peña, Diego-Manuel, Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona, España, Bosch, 1978, pp. 81 y ss. A la consecución de estos dos fines parece oponerse, en principio, un obstáculo: que para defender el bien jurídico y el orden jurídico repeliendo la lesión injusta, es preciso lesionar bienes del agresor. Sin embargo, la elección para el orden jurídico sigue siendo clara, pues mientras por un lado está en juego la afirmación no sólo del bien particular sino del Derecho mismo, esto es, algo del máximo valor, por el lado del agresor la alternativa recae sobre la lesión de un bien que, por pertenecer a quien se enfrenta contra el Derecho, pierde valor y deja de estar jurídicamente preferido en cuanto sea preciso para la defensa.

b. *El estado de necesidad*

En el presente tema, iniciaremos a examinar la posición del estado de necesidad dentro del sistema general de justificación del Código Penal Federal. En particular se alude a su relación con el resto de causas de licitud, y singularmente con aquellas circunstancias específicas que suelen considerarse casos especialmente regulados del mismo.

En los términos del artículo 15, fracción V, del Código Penal Federal:

> "Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo".

El estado de necesidad supone otra de las formas que la ley penal expresamente previene como legitimadoras y, en consecuencia, neutralizadoras de la antijuridicidad y como causa de inculpabilidad. El primero, se daría cuando el estado de necesidad surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor; el segundo, cuando los bienes jurídicos en conflicto son del mismo valor. Mientras que en el primero la ley aprueba el sacrificio del bien de menor valor, en el segundo, se argumenta, la ley no puede inclinarse por ninguno de los dos bienes, que son de igual valor, pero por razones preventivas (falta de necesidad de pena), disculpa a quien actúa en dicha situación.

Por su parte, MALO CAMACHO explica que se debe reconocer la diferencia sistemática que existe entre la legitimante, que afecta bienes de menor jerarquía para salvaguarda de bienes que son de mayor jerarquía, respecto de aquella otra situación que deriva de la afectación de bienes que son de igual y aun, indiscutiblemente, de superior jerarquía. No entenderlo así, implica no reconocer las características del Derecho mismo, como orden jurídico orientado a la protección de bienes jurídicos, estimando que el Derecho sería indiferente frente a los propios bienes jurídicos que protege, lo que naturalmente resultaría en contradicción con la teoría del injusto. Por esta razón, si bien es cierto que el Derecho permite al individuo la defensa de los bienes propios o ajenos, es decir que no puede impedir que el individuo atienda su defensa frente al peligro que los mismos afrontan, situación ésta que reconoce pero no alienta y menos ordena, como ocurre con los tipos que incorporan la conducta socialmente

deseada de la tipicidad normativa; sí, en cambio, permite y autoriza, el propio Estado, consciente de que no cuentan con otros medios para salvaguardar la defensa de dichos bienes, razón por la cual permite que la persona actúe frente a tales circunstancias.[448]

De manera que, en este tema, lo esencial es la salvación del bien más valioso, en menoscabo del que menos valor tiene. Sobre esa base se le define como un estado de peligro actual para intereses reconocidos, el que sólo puede ser superado mediante la lesión de intereses reconocidos de un tercero. Lógicamente, el estado de necesidad sólo puede ser considerado como causa de licitud en la medida en que se den realmente los presupuestos objetivos (existencia real, actual y de un peligro inminente) y los subjetivos (impulsado). Por ello, la conducta del médico que desconecta a un paciente de los medios distanásicos para aplicarlos a otro con igual o mejor pronóstico, está amparada por dicha causa de licitud.[449]

Sin embargo, el error sobre los presupuestos objetivos debe ser tratado conforme a las reglas generales. De igual manera que en la defensa putativa, también aquí debe considerarse que quien actúa lícitamente, aprecia la situación con el mayor cuidado debido y dentro de los márgenes del riesgo permitido comprende de manera errónea que existe una situación de peligro que no se da realmente. Por ello, los criterios objetivos y objetivables, como la diligencia debida, tal es el caso del experimentado conductor, etc., pueden servir para delimitar los márgenes de error en la apreciación de la realidad que admite el estado de necesidad como causa de licitud, sin tener que recurrir a la exculpación por la vía del error indirecto de prohibición.

El análisis del estado de necesidad implica el estudio de las dos teorías fundamentales:

a) **Teorías subjetivas**. Sostienen que el efecto lícito es consecuencia del ánimo de la persona que realiza el acto. Como en el momento de su ejecución el autor sufre una "alteración del espíritu", no debe ser sometido a sanción penal. Por ello se sostiene que el estado de necesidad no opera como causa de licitud sino de inculpabilidad.

b) **Teorías objetivas**. El fundamento de la licitud no está dado por el estado de ánimo del autor, sino por el "interés prepon-

[448] Malo Camacho, Gustavo, Derecho Penal mexicano..., pp. 419 y s.; en el mismo sentido Daza Gómez, Carlos, Teoría general del delito..., p. 152; Plascencia Villanueva, Raúl, Teoría del delito...p. 147.

[449] En este sentido, Díaz Aranda, Enrique, Del suicidio a la eutanasia, México, Cárdenas Editores, 1998, p. 151.

derante" que para el orden jurídico tiene la conservación del bien defendido por el autor. Este interés del Derecho por la conservación de determinado bien jurídico, encuentra fundamento en el mayor valor relativo que le asigna frente al bien sacrificado. Por ello, no toda situación de necesidad da lugar a un estado de necesidad: se requiere que concurran los requisitos previstos por el orden jurídico penal. Por lo que distingue entre: estado de necesidad "*justificante*" (cuando se sacrifica un bien jurídico por salvar otro de mayor valor) y estado de necesidad "disculpante" (cuando el bien que se lesiona es de igual valor que el que se preserva).

Por su parte, MALO CAMACHO, expone las dos teorías siguientes:

a) **Teoría de la unificación**, que afirma la posibilidad de que la licitud pueda operar respecto de todo tipo de bienes, siempre que sean de igual o menor jerarquía; y
b) **Teoría de la diferenciación**, que estima que debe ser objeto de un tratamiento sistemático diferente el estado de necesidad justificante, que afecta bienes de menor jerarquía, el cual implica una causa de justificación que elimina la antijuridicidad, respecto del estado de necesidad o exculpante que afecta bienes que son de igual o superior jerarquía y que, en este caso, debe merecer análisis como causa de inculpabilidad dentro de las causas que originan la no exigibilidad de otra conducta y no como justificante.[450]

Los requisitos que establece el artículo 15, fracción V, del Código Penal Federal, son:

1. Se obre por necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno;
2. Se trate de un peligro real, actual o inminente;
3. El peligro en el que se encuentra el bien jurídico no haya sido ocasionado dolosamente por el agente (a diferencia de la defensa legítima);[451]

[450] Malo Camacho, Gustavo, Derecho Penal mexicano..., p. 419.

[451] La comisión del tipo de injusto de un delito que la lesión del bien jurídico o la infracción de un deber jurídico realizan ha de ser, por tanto, necesaria, esto es, la evitación de un mal que amenaza al bien jurídico sólo puede ser conseguida realizando otro mal. Igualmente la necesidad debe ser también tomando en cuenta la situación concreta en la que se encuentra el sujeto y las circunstancias y medios de que dispone.

4. Se lesione otro bien jurídico de menor o igual valor que el salvaguardado;
5. El peligro no sea evitable por otros medios; y
6. El agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

Una vez que se den estos requisitos, es indiferente que el peligro
que se trata de evitar amenace a bienes jurídicos propios o ajenos.[452]
Y que además, tal como está redactado en nuestro Código Penal
Federal, no hay duda de que se trata de una causal de justificación,
ya que se intenta salvar un interés de mayor valor, produciendo un
mal menor, por citar algunos ejemplos véanse los artículos 334[453] y
379[454] del Código Penal Federal. En cambio, si los intereses son igua-
les, no hay duda de que es una causa de exclusión de responsabili-
dad, siendo ya un caso de no exigibilidad de otra conducta, basada
en principios de Política Criminal.[455]

La determinación del peligro se obtiene mediante un juicio
objetivo, de un observador inteligente *ex post*, que se deduce de co-
locarse en la situación *ex ante*, de la persona actuante.[456] De manera
que el juicio *ex ante* debe tener una objetividad. La mera suposición
de un peligro, por parte del acreedor, no demuestra su existencia,

[452] El estado de necesidad presupone un peligro para un bien jurídico. El
concepto de peligro es ya uno de los conceptos más polémicos y menos claros de la
parte general del Derecho penal, pero el artículo 15, fracción V, ha sido especialmen-
te poco investigado. La mayoría de los autores parten, sin preocuparse más, de un
concepto de peligro único para todo el ámbito del Derecho penal y lo trasladan al
artículo 15, fracción V, sobre todo, los principios desarrollados para los delitos de
peligro concreto, siendo esto incorrecto: debido a que los delitos de peligro concreto
presuponen un peligro incrementado que sólo por casualidad no se traduce en el
resultado, siendo que en el artículo 15, fracción V, lo que importa es ante qué grado
de peligro deben permitirse medidas salvadoras; pero para eso no es preciso que el
peligro sea grande. Por consiguiente, un peligro en el sentido del artículo 15, frac-
ción V, se da ya cuando no sea totalmente improbable la producción de la lesión de
un bien jurídico.

[453] "No se aplicará sanción; cuando de no provocarse el aborto, la mujer
embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste
el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la
demora".

[454] "No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodere
una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesida-
des personales o familiares del momento".

[455] Véase principalmente Roxin, Claus. Evolución de la Política Criminal, el
Derecho penal y el proceso penal..., pp. 79 y ss.

[456] En sentido similar, Daza Gómez, Carlos, Teoría general del delito..., p. 153;
Sandoval Delgado Emiliano, Circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal
en el Derecho penal mexicano, México, Ángel Editor, 2000, p. 179.

como tampoco lo hace desaparecer, si existe, su erróneo conocimiento. Esto es, el peligro debe ser inminente, en el sentido de la actualidad de la defensa legítima (permitiéndose el peligro permanente).

Para poder medir, en principio, los intereses en conflicto lo correcto será recurrir a la parte especial del Código Penal Federal. Allí el legislador ha decidido cuál bien jurídico es más valioso, al tener en cuenta los tipos penales básicos.[457] El artículo 15, fracción V, incorpora en una sola disposición el caso del estado de necesidad cuando se trate de bienes de menor jerarquía o de igual jerarquía, lo cual alguno ha querido entender como base para aceptar que la ley mexicana sigue la teoría de uniformación; lo que no es correcto, como lo reconoce MALO CAMACHO,[458] pues la redacción aislada de una disposición legal, no impide que la misma pueda ser objeto de análisis dogmático y sistemático, mismo que da luz acerca del contenido de una y otra figura.

Lo importante en el estado de necesidad consiste en que la acción de salvaguarda se realiza para que tenga relevancia en este apartado, mediante un hecho típico, que es el que se justifica. Es claro que con la acción del autor se lesionan bienes jurídicos de terceros que, al contrario de la defensa legítima,[459] se encuentran amparados por el Derecho y que, en virtud del principio de ponderación, la norma que los protege, retrocede frente a la acción del sujeto que actúa con permiso; sustenta este criterio la tesis jurisprudencial XI.2º. 8 P, del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, Novena Época, visible en la página 309, Tomo III, enero de 1996, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta bajo la rúbrica:

[457] De modo que son las conminaciones penales, en unión con las concepciones éticas de un momento dado, también aceptadas por la Constitución mexicana, las que dan el patrón de medida que sirve para realizar la ponderación de los intereses en conflicto. Con lo cual los bienes estrictamente personales (la vida, libertad, etc.) tienen preponderancia sobre los patrimoniales.

[458] Derecho penal mexicano..., p. 420.

[459] La defensa legítima (de terceros) o auxilio necesario, constituye una forma de salvaguarda del Derecho, que se ve atacado, y por ello, en el ámbito privado supone la salvaguarda de un Derecho Privado, tutela que en todo caso se puede sustituir por mecanismos del Derecho Público, es decir, por la policía; en el ámbito del Derecho Público, la defensa legítima (de terceros) es, pues, un obrar genuinamente público, que la defensa legítima de terceros es sustituido por particulares, entrando en competencia directa la defensa legítima de terceros con la actuación de la policía. En esta situación, para el Estado es menos importante la pérdida aislada de un bien que la confusión de competencias por parte de quien obra en defensa legítima de terceros. *Cfr.* Jakobs, Günther, Derecho Penal, Parte General..., p. 460.

"**LEGÍTIMA DEFENSA. EN RELACIÓN A TERCEROS SE EXTIENDE LA EXCLUYENTE DE INCRIMINACIÓN DE LA.** Si la repulsa que el recurrente efectuó de una agresión actual, violenta y sin derecho, de la que derivó un peligro inminente para su vida, además del resultado del fallecimiento del agresor, también produjo otros consistentes en el deceso y lesiones a terceras personas ajenas por completo a los hechos que motivaron la repulsa, quienes también se encontraban en el lugar de los hechos; habida cuenta que el medio empleado por el inculpado, es decir, accionar el arma de fuego que portaba en contra de su agresor, fue el estrictamente necesario para hacer cesar la agresión, dado que ésta también consistió en disparos de arma de fuego, de modo que hubo racionalidad y proporcionalidad entre la agresión y la repulsa, es indiscutible que dicho resultado también debe quedar amparado en la eximente de responsabilidad de haber actuado en legítima defensa de su vida, porque su conducta fue única y no es dable dividirse; de suerte que si el actuar del inculpado fue un acto lícito no pueden considerarse ilícitas las precisadas consecuencias que tal acto produjo".

Para la ponderación de bienes en juego, en la medida de la lesión que amenaza producirse, entra como elemento de la ponderación de intereses la responsabilidad por la situación peligrosa para el bien en peligro. Si esta responsabilidad reside en la víctima de la intervención, el responsable está obligado a sacrificarse primero; en otro caso, rigen las reglas generales. Si la responsabilidad reside en el titular del bien en peligro, ello reduce el valor del bien según la medida de la responsabilidad: la puesta en peligro dolosa de un bien disponible excluye completamente la solidaridad; en otro caso, al ponderar ha de tenerse en cuenta una evaluación objetiva reducida del bien puesto en peligro, sobre todo un trato descuidado del bien.

Por otra parte, es importante determinar que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto. Esto es, que la provocación de una situación de necesidad impide que el que la provocó pueda después ampararse en ella. En este sentido, vale aquí lo dicho respecto a la provocación en la defensa legítima, aunque con algunas matizaciones.[460] En el estado de necesidad sólo la provocación intencionada del mismo impide su apreciación. No basta, por

[460] La Suprema Corte de Justicia de la Nación estima: "el estado de necesidad es una causa de justificación que por su naturaleza choca con la legítima defensa, ya que en el estado de necesidad no existe defensa de una agresión, sino agresión contra un bien jurídico tutelado para salvar otro bien jurídico, igualmente protegido por el derecho, de una situación de peligro no provocada dolosa o culposamente por el agente". Semanario Judicial de la Federación, XLI, p. 31 Segunda Parte, Sexta Época.

tanto, que se haya cometido intencionalmente el hecho, por ejemplo un incendio, que dio lugar a la situación de necesidad, sino que es preciso que sea la situación misma de necesidad la que se haya provocado intencionalmente. Ello hace que, prácticamente, la exclusión del estado de necesidad por falta de este requisito sea casi imposible, salvo raras hipótesis. Así por ejemplo, puede invocar el estado de necesidad el automovilista que, conduciendo a velocidad excesiva, crea una situación extrema en la que tiene que elegir entre chocar frontalmente con un camión o atropellar a un ciclista.

El requisito de la no provocación intencionada se refiere al que actúa, bien sea el propio afectado o un tercero (*auxiliador necesario*). En este último caso, el auxiliador necesario actúa justificadamente si lesiona un bien jurídico para salvar, por ejemplo, la vida de un tercero, sin saber que éste ha provocado intencionalmente la situación de necesidad.

c. *El cumplimiento de un deber*

La naturaleza de esta eximente es discutida. Por un lado, es auténtica causa de licitud; por otro lado, sólo una causa de inculpabilidad. A favor de la primera está que no se puede exponer al que actúa "en cumplimento de un deber" a una reacción de defensa legítima del particular. A favor de la segunda, que la orden a obedecer, puede ser antijurídica y que no pierde este carácter por el hecho de que se realice bajo el cumplimento de un deber. Ambas afirmaciones son ciertas, pero parciales, por cuanto no contemplan globalmente el fenómeno del "cumplimiento de un deber".

Ciertamente el deber de obedecer órdenes antijurídicas tiene unos límites, pero el que actúa dentro de los límites lo hace justificadamente. Fuera de estos límites no hay justificación alguna y a lo sumo podrá invocarse el estado de necesidad o el miedo insuperable, en base a la idea de la ponderación de bienes o a la de la inexigibilidad de una conducta distinta, caso contrario estaríamos en la presencia del delito de desobediencia, tal y como lo señala la tesis aislada de la novena época, I.2o.P.51 P, tomo XV, Febrero de 2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, visible en la página 795, bajo la rúbrica:

"DESOBEDIENCIA, DELITO DE. REQUISITOS QUE DEBE SATISFACER LA ORDEN EMANADA DE UN SUPERIOR JERÁRQUICO (CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR). El artículo 301, párrafo primero, del Código de Justicia Militar establece: «Comete el

delito de desobediencia el que no ejecuta o respeta una orden del superior, la modifica de propia autoridad o se extralimita al ejecutarla. Lo anterior se entiende salvo el caso de la necesidad impuesta al inferior, para proceder como fuere conveniente, por circunstancias imprevistas que puedan constituir un peligro justificado, para la fuerza de que dependa o que tuviese a sus órdenes.". De la norma en cita se desprende que el tipo penal requiere calidades específicas, como lo es el que la orden emane de un superior; sin embargo, para tener por acreditado dicho elemento no basta que un determinado mandamiento se plasme en un documento, sino que debe ser legal y auténtico, formalidades que se satisfacen cuando en esa orden se hace constar el nombre y cargo de la persona que la emite, quien además debe autorizarla con su firma; lo que permitirá conocer si esa persona es o no el superior jerárquico del inferior a quien va dirigida y si la emisión de la misma se encuentra dentro de sus atribuciones, así como para estar en posibilidad de determinar si el subordinado obró conforme a sus deberes, esto es, si debía o no ejecutar dicha orden."

En el mismo tenor, el criterio siguiente:

"OBEDIENCIA JERÁRQUICA, EXCLUYENTE DE, NO CONFIGURADA (CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR). Para que la obediencia jerárquica opere como excluyente en los términos del artículo 119, fracción VI, del Código de Justicia Militar, se necesita que la orden del superior legítima dirigida al subordinado que obedece su mandato, la realice éste sin percatarse de que tal orden constituye un delito; pero si tratándose del delito de abandono de servicio (artículo 310 del mismo ordenamiento), no solamente el inculpado se percató de que cometía una infracción penal al abandonar el puesto, sino que inclusive sugirió extender el abandono, esta conducta en su integridad a todas luces demuestra que dicho inculpado obraba con pleno conocimiento de que sus actos eran ilegales, por lo que la supuesta obediencia no puede configurar la excluyente de responsabilidad."

Séptima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 121-126 Segunda Parte. Página: 113.

Más importancia práctica tiene el hecho de que, en los casos de divergencia de opiniones entre superiores y subordinado sobre la punibilidad de la conducta ordenada, por regla general, la orden será obligatoria aunque posteriormente resulte que tenía razón el subordinado al suponer que era punible; pues es cosustancial a la relación jerárquica que en caso de duda la última palabra la tendrá el superior, al que también le corresponde la mayoría de los casos.

Un sector de la doctrina sostiene que las órdenes y mandatos dirigidos a una conducta antijurídica tampoco son obligatorios en el resto de los casos[461] y que la falta de sanción del cumplimiento de tales instrucciones no significa que sean obligatorias. Esta posición hace posible una solución por demás sencilla y correcta, pero no obstante no es compatible con el tenor literal del artículo 15, fracción VI, del Código Penal Federal, que establece:

> "La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro".

Para que una orden sea vinculante y pueda dar lugar a la apreciación de la eximente del artículo 15, fracción VI, como causa de justificación tiene que reunir los elementos siguientes:

a) Relación jerárquica. Esta relación sólo puede darse en el ámbito público y del derecho militar, que se basan precisamente en la idea de subordinación y del sometimiento del inferior al superior. De aquí se deduce que no cabe apreciar esta eximente, aunque sí otras, en los ámbitos familiar y laboral. Así lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis siguiente:

[461] Por ejemplo, en el caso de los militares, la orden de realizar una conducta que constituya una contravención, o en el caso de los funcionarios, la orden de realizar una actuación civilmente antijurídica. Al respecto la tesis siguiente:

"**IMPEDIMENTO LEGÍTIMO. DESERCIÓN. MILITARES.** El argumento de que el hecho realizado no es delictuoso por haber operado la excluyente de impedimento legítimo o insuperable, comprendida dentro del artículo 119, fracción VII, del Código de Justicia Militar, es inoperante si a pesar de aceptarse la existencia real de una averiguación penal instruida por el Ministerio Público en una población, por delito del orden común, en contra de un militar, no llegó a justificarse que en tal averiguación se hubiese ejercitado acción penal y que el Juez que conoció del proceso relativo hubiera dictado alguna orden de aprehensión que, al ejecutarse, colocara a dicho militar en una situación tal que le impidiera, en forma insuperable, presentarse, como era su obligación, a reanudar sus servicios militares, y tampoco existe prueba de que la autoridad judicial hubiera decretado su arraigo, de tal manera que al no presentarse a su servicio lo amparara un impedimento legítimo, como era la observación de un mandato judicial."

Sexta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: Segunda Parte, XXIV, Página: 68.

"**OBEDIENCIA A UN SUPERIOR LEGÍTIMO, EXCLUYENTE DE.** Cuando el cumplimiento de la orden del superior legítimo implique la ejecución de actos que en forma notoria constituyan delito, la obediencia del inferior jerárquico no exime a éste de responsabilidad penal, en razón de que aquélla sólo constituye la causa de justificación prevista en la ley, como excluyente de responsabilidad, cuando la dependencia jerárquica entre el superior que manda y el inferior que obedece sea de carácter oficial".

Sexta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Apéndice de 1995, Tomo: II, Parte SCJN, Tesis: 223, Página: 127.

b) Competencia abstracta del que da la orden para dictarla dentro de sus facultades. Un notario no puede, por ejemplo, dar una orden de detención.
c) Competencia del subordinado para ejecutar el acto ordenado por el superior.
d) La orden sea expresa y aparezca revestida de las formalidades.
e) Por las razones ya dichas, sea, a pesar de todo, antijurídica.[462]

El problema se suscita cuando la orden es antijurídica. Frente a ella es posible la defensa legítima; no obstante, se pueden dar distintos supuestos. La orden ilegítima no cambia su naturaleza por el hecho que cambie de destinatario.

a) Si la orden es notoriamente antijurídica, es obvio que el subordinado no debe cumplirla, de modo tal que, en ese caso, ni la orden sería legítima, ni tampoco el cumplimiento.
b) Si la orden es ilegítima, se tratará dentro del campo del error de prohibición, en el cual se seguirán las reglas propias, esto es, si es evitable o inevitable; la duda exige la abstención.
c) El tercer supuesto se dará cuando el sujeto, si bien reconozca la ilegitimidad de la orden no pueda dejar de cumplirla, por coacción, con lo cual se estará ante una causa de inexigibilidad y, por ende, de exclusión de responsabilidad por el hecho.[463]

Lo anterior señalado no excluye que por parte del funcionario subordinado haya un deber de examinar la orden recibida. Este deber

[462] Este último requisito nos plantea el problema de cuáles son las órdenes antijurídicas que deben ser obedecidas, sobre el particular véase Ambos, Kai, La antijuridicidad de los disparos en el muro, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 23 y ss.

[463] *Cfr.* Donna, Edgardo Alberto, Teoría del delito y de la pena. 2. Imputación delictiva..., pp. 173.

de examen es tanto más importante, cuando la orden infrinja un precepto constitucional o lesione gravemente la dignidad humana.[464]

d. *El actuar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho*

La fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal, declara exento de responsabilidad al que "**obra en cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho**". En numerosas leyes se conceden autorizaciones para la actuación oficial, permitiéndose expresamente la intervención con determinados fines o bien se prescribe un fin de la actuación que no se puede alcanzar sin intervención; así lo sustentan las tesis jurisprudenciales 115, visible en la página 65, de la Sexta Época, del Apéndice del Semanario Judicial de la Federación de 1995, en el Tomo II, Parte SCJN, y de la Primera Sala, Quinta Época, Tomo: LXVII, en el Semanario Judicial de la Federación, visible en la página 668, bajo las rúbricas correspondientes:

> "**CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO, NATURALEZA DE LAS EXCLUYENTES DE.** Para que la causa de justificación relativa al cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho produzca sus efectos excluyentes de responsabilidad penal, es necesario que los deberes y derechos estén consignados en la ley".
>
> "**EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD.** Para que exista la circunstancia excluyente que señala el artículo 119 del Código de Justicia Militar, en sus fracciones IV y VI, es necesario que se compruebe dentro de la averiguación correspondiente, que el autor del delito ha obrado en cumplimiento de un deber legal, u obedeciendo órdenes de su inmediato superior jerárquico."

De acuerdo con una opinión extendida, para la licitud deben concurrir realmente los presupuestos: la competencia objetiva y espacial, las formalidades esenciales para la protección del afectado y la proporcionalidad,[465] esto es, el sustento de la actuación debe ser realizada "en forma legítima", de los agentes de la autoridad; por ejemplo, al realizar actos violentos contra determinadas personas como consecuencia de su función pública, por lo que al no existir alguna prueba que demuestre que el agente de la autoridad se encontraba ante una situación de extremo peligro o ante la necesidad imperiosa

[464] Sin embargo, el deber de examen es un deber limitado en la medida en que respecto a la orden de un superior juega la presunción de legalidad.

[465] En el mismo sentido Díaz Aranda, Enrique, Del suicidio a la eutanasia, México, Cárdenas Editores, 1998, p. 150.

de utilizar la violencia para vencer alguna resistencia, no se justifica el empleo de la misma, resulta por tal motivo, incomprobada la excluyente de responsabilidad en cuestión, pues la actitud violenta e injustificada al ejercer su función tipifica el delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 215 del Código Penal Federal.[466] Por consiguiente, el fundamento de esta causa de licitud estaría dado por el interés preponderante; aunque ello no se ajusta al supuesto de deberes de igual valor.

Por otra parte, en los casos de ejercicio de un deber o de un derecho, sólo será tenido en cuenta como causa de justificación, si colisiona con otro deber, y en esos casos se rige por las reglas del estado de necesidad por "*colisión de deberes*", sin embargo, la eximente está, como es lógico, sometida a unos límites; los que responden, al menos, a dos criterios diferentes: el primero viene determinado por la propia naturaleza de la expresión "ejercicio legítimo de un derecho"; será necesaria la real existencia de un derecho a actuar del modo en que se actúa; el reconocimiento jurídico de la conducta que, ha de constituir una facultad del titular del derecho subjetivo o interés legítimo. Y el segundo de los límites reseñados viene dado por el fundamento genérico de la justificación: en ocasiones, aun cuando aparentemente exista un derecho subjetivo, la verificación de una conducta típica pretendidamente amparada por su ejercicio no podrá justificarse si supone el quebrantamiento de un interés más grave.

En la medida en que el ejercicio de este derecho pueda conducir a la realización de algún tipo de delito (lesiones, amenazas, detenciones ilegales, etc.) se plantea el problema de hasta qué punto pueden estar justificadas estas acciones, tal y como sucede con la

[466] Este criterio es sostenido por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, visible en la Octava Época, Tomo XII, julio de 1993, en la página 188, del Semanario Judicial de la Federación, bajo el rubro:

"**CUMPLIMIENTO DE UN DEBER JURÍDICO O EJERCICIO DE UN DERECHO. INCOMPROBACIÓN DE LA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD. AGENTES DE LA AUTORIDAD.** La excluyente de responsabilidad prevista en la fracción V del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal denominada cumplimiento de un deber jurídico o ejercicio de un derecho, tiene como sustento la actuación «en forma legítima» de los agentes de la autoridad, al realizar actos violentos contra determinadas personas como consecuencia de su función pública, por lo que al no existir alguna prueba que demuestre que el agente de la autoridad se encontraba ante una situación de extremo peligro o ante la necesidad imperiosa de utilizar la violencia para vencer alguna resistencia, no se justifica el empleo de la misma, resultando por tal motivo, incomprobada la excluyente de responsabilidad en cuestión, pues la actitud violenta e injustificada al ejercer su función tipifica el delito de abuso de autoridad".

participación de la Policía Judicial Federal en la detención y captura de las personas que cometen ilícitos a través de las órdenes que reciben del Ministerio Público de la Federación, con fundamento en el artículo 3º del Código Federal de Procedimientos Penales, que establece:

"La Policía Judicial Federal actuará bajo la autoridad y el mando inmediato del Ministerio Público de la Federación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dentro del período de averiguación previa, la Policía Judicial Federal está obligada a:

I. Recibir las denuncias sobre hechos que puedan constituir delito del orden federal, sólo cuando debido a las circunstancias del caso aquéllas no puedan ser formuladas directamente ante el Ministerio Público, al que la Policía Judicial Federal informará de inmediato acerca de las mismas y de las diligencias practicadas. Las diversas policías, cuando actúen en auxilio del Ministerio Público Federal, inmediatamente darán aviso a éste, dejando de actuar cuando él lo determine.

II. Practicar, de acuerdo con las instrucciones que le dicte el Ministerio Público Federal, las diligencias que sean necesarias y exclusivamente para los fines de la averiguación previa;

III. Llevar a cabo las citaciones, notificaciones y presentaciones que el Ministerio Público Federal ordene; y

IV. Realizar todo lo demás que señalen las leyes.

En el ejercicio de la función investigadora a que se refiere este artículo, queda estrictamente prohibido a la Policía Judicial Federal recibir declaraciones del indiciado o detener a alguna persona, fuera de los casos de flagrancia, sin que medien instrucciones escritas del Ministerio Público, del juez o del tribunal".

Como los agentes de la Policía Judicial Federal están subordinados al Ministerio Público de la Federación y a los Jueces o Tribunales, por una relación especial de poder, su relación es de jerarquía y, por ello, en caso de no atenderse debidamente los mandatos que aquellos emitieran, entra en juego el delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 215, fracción I, del Código Penal Federal. En este sentido se ha pronunciado la tesis jurisprudencial 116, de la Sexta Época, visible en la página 65, Tomo II, Parte SCJN del Apéndice de 1995, del Semanario Judicial de la Federación, bajo el rubro:

"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO. POLICÍAS. Para detener o lograr la captura de quien

huye ante la intervención de la autoridad, la ley no autoriza a disparar sobre el fugitivo; por lo tanto, la conducta policíaca que así produce daños configurativos de delito no puede en principio quedar legalmente justificada por la excluyente de cumplimiento de un deber o de ejercicio de un derecho".

Lo anterior no implica, en cambio, que en todas las actuaciones policíacas se plantee con idéntica intensidad la problemática de tal o cual principio. La detención no reviste la misma complejidad que la utilización de armas de fuego o que la identificación o el registro domiciliario.

"CUMPLIMIENTO DE UN DEBER. POLICÍAS. Si el acusado, al cumplir dentro de los límites de toda corrección sus funciones policíacas, repele la agresión de que es objeto por parte del occiso, quien injustamente y sin provocación alguna dispara sobre él, entra en juego, para justificar su conducta, la excluyente de responsabilidad prevista en el artículo 12, fracción V, del Código Penal del Estado de Tabasco, consistente en haber obrado en cumplimiento de un deber. Conviene destacar que si bien es cierto la ley no establece expresamente el deber de privar de la vida, también es verdad que, si en el caso concreto, el acusado estaba obligado a cumplir con su función de mantenimiento del orden —sobre todo si se toma en cuenta que fue requerido para prestar auxilio a sus compañeros—, no pierde su derecho a ejercitar la defensa propia ante un acometimiento o agresión injusta."

Se alude, por otro lado, a que la policía puede encontrarse en un estado de necesidad entre la continuación de sus funciones (obtención de información sobre el tráfico de drogas, por ejemplo) y un derecho público subjetivo (el secreto de las comunicaciones, por ejemplo). Entender que, con carácter general, la policía puede sacrificar o debilitar dichos derechos es destruir la base del sistema de derechos y libertades y su razón de ser: definir un espacio irreductible ante el Estado de una esfera de la personalidad.

De lo anterior destaca que los principios de proporcionalidad y necesidad de la violencia que algunos invocan, aquí están de más, por cuanto en ningún caso, salvo en los supuestos de defensa legítima, se debe admitir como corrección la violencia.

Este concepto de ejercicio de derechos, sin embargo, es distinto de aquel que recoge la ley penal como legitimante de una conducta que es típica, y que, por tanto, tiene un sentido que es totalmente diferente. El ejercicio de un derecho, como contenido de una regla

permisiva, parte de la preexistencia de una norma jurídica que prohibe u ordena una cierta conducta, ya que sólo frente a la normatividad, puede nacer y tiene sentido la regla permisiva que, precisamente reconociendo la existencia del derecho de la persona para actuar como lo hace, "permite" su ejercicio, que a su vez neutraliza la antinormatividad de la conducta típica.[467]

Como hemos visto, derecho subjetivo y deber jurídico son las dos posiciones centrales de la relación jurídica, de tal manera que la existencia de un derecho subjetivo da lugar a un deber, ya afecte éste a la generalidad o a un sujeto concreto o concretable. E igualmente puede afirmarse el colorario inverso: la presencia de un deber jurídico da un interés jurídicamente tutelado. Por consiguiente, al ordenamiento jurídico sólo le interesa el comportamiento objetivo conforme a deber. Y ello, precisamente, porque es el resultado de ese comportamiento lo que importa, en la medida en que respete el interés o derecho ajeno, no siendo así la conducta que señala la tesis sustentado por la Primera Sala, Sexta Época, Tomo: Segunda Parte, XL, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, visible en la página 36, con la siguiente rúbrica y texto:

> "**EJERCICIO DE UN DERECHO, COMO EXCLUYENTE** (LE-**GISLACIÓN MILITAR**). Asiste la razón a la autoridad responsable al desechar la causa de justificación prevista en la fracción IV del artículo 119 del Código de Justicia Militar, correlativa de la fracción V del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, toda vez que los deberes y derechos a que se refiere dicha disposición deben estar consignados en la ley, y ciertamente la circunstancia de que el acusado ostentara el grado de cabo de primera, no le daba facultades para privar de la vida a un miembro del ejército cuando el acometimiento injusto de que lo hizo objeto éste, ya había cesado."

e. *El consentimiento*

La única particularidad del consentimiento frente a las otras causas de justificación consistiría en que los valores que colisionan pertenecen a una misma persona y no a personas distintas.

Esta referencia al consentimiento en algunos tipos penales específicos hace que se le considere más como una causa de exclusión de la tipicidad, que como una causa de licitud. Sin embargo, al delimitar el consentimiento al ámbito de realización de los demás

[467] En tal sentido Malo Camacho, Gustavo, Derecho Penal mexicano..., p. 426.

elementos típicos y, con ello, la protección del bien jurídico, parece más correcto tratarlo como causa de licitud,[468] dándole también el mismo tratamiento en los casos de error sobre los presupuestos fácticos y sobre sus límites.[469] En el caso concreto del consentimiento la colisión de valores se daría entre la posibilidad del individuo de consentir eficazmente en la lesión de sus bienes jurídicos en cuanto parte integrante de la libertad de autodeterminación[470] y el bien jurídico protegido, debe resultar la solución correcta de la ponderación de estos dos bienes. Sólo en aquellos supuestos en que la libertad del individuo para disponer de sus propios bienes jurídicos resulte preponderante operará el consentimiento como causa de licitud.[471] En definitiva, el valor de la libertad del lesionado se contrapone al disvalor de la acción lesiva, de forma que la validez del consentimiento depende de la gravedad y finalidad de la lesión. "Cuanto más valiosa se considere la libertad del titular de disponer de sus bienes jurídicos, antes se le reconocerá eficacia justificante al consentimiento y tanto más grave tendrá que ser la lesión y más reprobable su finalidad para que a pesar del consentimiento el hecho siga siendo antijurídico y punible".

En las intromisiones que se producen en interés ajeno, la admisión del consentimiento presunto depende de requisitos distintos según que la situación exija una decisión vinculada a la situación

[468] *Cfr.* Roxin, Claus, Derecho penal, parte general..., p. 765, mientras que el consentimiento es expresión de la libertad de actuación del titular del bien jurídico y por tanto el que obra con consentimiento no lesiona los bienes jurídicos de aquél, quien invoca un consentimiento presunto se interfiere sin permiso, y por ello realizando el tipo delictivo, en los bienes jurídicos de otro, y sólo puede estar justificado por el hecho de que se presume su consentimiento según un juicio objetivo. Aquí coligen la voluntad presumida por el agente y la voluntad real posiblemente opuesta del titular del bien jurídico, y dicha colisión es compensada porque el ordenamiento jurídico, conforme a criterios objetivos y diferenciados, fija una "voluntad presunta", que justifica la injerencia aunque posteriormente resulte que era distinta la voluntad real del titular del bien jurídico.

[469] En sentido similar Díaz-Aranda, Enrique, El consentimiento en el Derecho penal mexicano, Congreso, Año 2, No. 10, México, julio-agosto 1997, p. 37.

[470] La relación entre derecho a la libertad y autodeterminación de la vida, sirve para afirmar que "todo ciudadano tiene derecho a hacer cuanto quiera, incluso morir, sin mayores limitaciones que las derivadas de la libertad ajena, y por encima de prejuicios culturales o ético-sociales de cualquier índole. *Ibidem*, p. 124.

[471] Hasta antes de la reforma la doctrina había encontrado múltiples problemas al tratar de hacer operar al consentimiento como tipo negativo del supuesto de hecho, intentando a través de la causa de justificación del ejercicio de un derecho alcanzar relevancia que ahora tiene en el ordenamiento jurídico penal mexicano. *Cfr.* Díaz-Aranda, Enrique, "El consentimiento en el Derecho penal mexicano"..., p. 33.

objetiva,[472] una decisión vinculada a la personalidad[473] o una decisión existencial.[474]

Sin perjuicio de todo ello, y cualquiera que sea la posición que en definitiva se adopte, para que la causa de licitud se perfeccione, de conformidad con la fracción III del artículo 15 del Código Penal Federal, es necesario que concurran los requisitos siguientes:

a) El consentimiento sólo recaiga respecto de acciones que lesione bienes jurídicos disponibles.
b) El sujeto pasivo comprenda cabalmente la situación en cuyo marco presta su consentimiento para la realización de la acción típica.
c) El consentimiento sea prestado con anterioridad a la acción, ya que de lo contrario el consentimiento operaría como una renuncia de la parte agraviada que sólo tendría virtualidad de los delitos de acción privada.
d) El consentimiento de la víctima sea expreso. El consentimiento "presunto" sólo producirá efectos justificantes en la medida en que la acción cumplida haya sido realizada en interés del titular del bien jurídico afectado. Así por ejemplo, se presume el consentimiento en el caso de una violación de domicilio (allanamiento de morada) realizada en ausencia del titular, cuando tuvo lugar con el propósito de reparar una pérdida de su carro.

[472] Respecto de las decisiones vinculadas a la situación objetiva, la regla de que puede actuar amparado en consentimiento presunto quien favorezca el interés claramente preponderante —en una ponderación objetiva— del titular del bien jurídico, a no ser que el sujeto activo tenga conocimiento de circunstancias que sean indicio de la opinión opuesta del titular del bien jurídico.

[473] Respecto de las decisiones vinculadas a la personalidad, la regla inversa a la de las vinculadas a la situación objetiva: el sujeto no puede partir del consentimiento presunto, a no ser que haya circunstancias especiales que hagan lógica la suposición de que el titular del bien jurídico está de acuerdo con la intromisión.

[474] Por decisiones existenciales se entiende: las decisiones sobre la vida y la muerte, como las que se pueden presentar sobre todo en el caso de la operación de personas que están inconscientes. Obviamente, si se puede aplazar la operación sin consecuencias dañosas, el médico tiene que aguardar hasta que el paciente haya recuperado la conciencia, para preguntarle entonces; y en esa medida no es planteable el consentimiento presunto. Y éste tampoco procede si el paciente, antes de perder la consciencia y con un entendimiento claro de la situación, ha rechazado la operación; pues en tal caso su voluntad es clara y no hay nada que presumir. En todos los demás casos habrá que justificar por consentimiento presunto la operación que le va a salvar la vida a un paciente actualmente incapaz de expresar su voluntad.

Dada su trascendencia, el estudio de las causas de licitud debe realizarse en cualquier estado del procedimiento;[475] así lo ha sustentado la tesis que a continuación se cita:

> "**CAUSAS DE EXLUSIÓN DEL DELITO. SU ESTUDIO EN EL AMPARO AUN CUANDO NO HAYAN FORMADO PARTE DE LA LITIS EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA.** En términos del artículo 17 del Código Penal Federal, las excluyentes del delito contempladas en el artículo 15 del mismo ordenamiento, deben estudiarse de oficio en el amparo, aun cuando no hayan formado parte de la litis en primera y segunda instancia de conformidad al artículo 76 bis de la Ley de Amparo.
>
> Novena Época. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VIII, Agosto de 1998, Tesis: II.1º.P.50 P, Página: 835.

[475] Artículo 17 del Código Penal Federal. Las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento.

TERCERA PARTE

TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

I. Culpabilidad

Para la imposición de una pena, principal consecuencia jurídico-penal del delito, no es suficiente con la comisión de un hecho típico y antijurídico.[476] Existen determinados casos en los que el autor de un hecho típico y antijurídico queda exento de responsabilidad penal. Ello demuestra que junto a la tipicidad y antijuridicidad debe darse una tercera categoría en la teoría general del delito, cuya presencia es necesaria para imponer una pena. Esta categoría es la culpabilidad.

1. *La culpabilidad*

La distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, es uno de los hallazgos más trascendentes de la ciencia del Derecho Penal.[477] Así, el injusto consiste en que el hecho contradice al Derecho en sus elementos objetivos y subjetivos. El examen de la culpabilidad significa que se cuestiona si un hecho puede serle reprochado personalmente al autor (a título personal). En consecuencia, la responsabilidad supone una valoración negativa que se formula al autor, por no haber observado una conducta conforme a Derecho,[478] lo cual supone no

[476] Como se deduce de algunos preceptos del Derecho Penal Federal vigente, la comisión de un hecho delictivo, en el sentido de un hecho típico y antijurídico, no acarrea automáticamente la imposición de una pena al autor de ese hecho.

[477] *Cfr.* Jescheck, H. Heinrich, Tratado de Derecho penal..., p. 383. La separación entre antijuridicidad y culpabilidad se remonta a la diferenciación efectuada por la ciencia jurídico-penal del Derecho común entre imputación objetiva y subjetiva. Desde entonces, aquella se ha mantenido en lo fundamental, pese a los cambios experimentados por la historia dogmática, y debe ser tenida como eje de la teoría del delito. También hoy se acepta, con carácter general, que el examen de la antijuridicidad debe preceder al de la culpabilidad.

[478] Al respecto véase el trabajo de Daza Gómez, Carlos, Teoría de la imputación personal, Criminalia, México, 1997.

sólo la culpabilidad del autor, sino, además, la necesidad de pena desde el punto de vista preventivo general y especial.

En este sentido, es muy clara la categoría sistemática de la "responsabilidad",[479] desarrollada por ROXIN, entre otras razones porque, como él mismo advierte, en sentido amplio el supuesto de hecho de la responsabilidad incluye el tipo del injusto y, consecuentemente todos los elementos del injusto son, también, indirectamente criterios de culpabilidad y responsabilidad.[480]

1. Las insuficiencias del concepto tradicional de culpabilidad. Una categoría autónoma de "culpabilidad" sólo pudo ser configurada cuando se impuso la separación entre injusto y culpabilidad en la dogmática penal. La distinción se sustentó en la idea dominante del sistema clásico, de que había de incluir todos los elementos objetivos del delito en el injusto y todos los subjetivos en la culpabilidad. El pensamiento naturalístico de fines del siglo XIX, que intentó reconducir todos los conceptos jurídicos a datos científicos naturalistas aprehensibles empíricamente, desarrollándose a partir de este planteamiento el "concepto psicológico de culpabilidad" dominante hasta principios del siglo XX.[481] conforme a ello, la culpabilidad se concibió como la relación subjetiva de autor con el resultado. Como "formas de culpabilidad" estaban el dolo y la culpa, mientras que la imputabilidad en general se caracterizaba como "presupuesto de la culpabilidad" o "presupuesto de pena".[482]

---

[479] ROMÁN QUIROZ, Verónica. La culpabilidad y la complejidad de su comprobación, México, Porrúa, 2000, p. 266… resulta de la reforma constitucional del 8 de marzo y procesal del 3 de mayo, ambas de 1999, tocante a que si el dolo, la culpa, el ánimo, la tendencia, el propósito han pasado a formar parte de la "responsabilidad" y atento en lo dispuesto por los arts. 546 a 551 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para el caso que durante el proceso se desvanecieran los fundamentos que sirvieron para decretar la formal prisión o sujeción a proceso, sólo se traduciría en una libertad con reservas de ley quedando subsistente la acción del Ministerio Público para pedir de nuevo la aprehensión o comparecencia del inculpado, si aparecieren nuevos datos que así lo ameritara.

[480] ROXIN, Claus, Derecho penal, parte general…, pp. 68 y ss.

[481] *Cfr.* al respecto con esta postura CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho penal…, pp. 215 y s. VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal mexicano…, p. 275.

[482] *Cfr.* MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho penal, parte general…, p. 251. El primer Código Penal Federal de 1871 es un ordenamiento jurídico de clara inspiración clasicista, que se movió en la línea de la Escuela Clásica del maestro CARRARA, y que detectó influencias del Código Penal español de 1870. Los presupuestos de la pena, derivados del análisis dogmático del mismo, suponen una combinación de la justicia absoluta y de la utilidad social.

Sin embargo, el concepto psicológico de culpabilidad fue sustituido en el primer decenio del siglo XX, a través del concepto normativo de culpabilidad,[483] todavía hoy dominante en nuestro país.[484] Representantes de este concepto fueron FRANK,[485] posteriormente se experimentó un cambio a través de GOLDSCHMIDT.[486] Lo anterior, a raíz de que se podría lesionar una norma de deber, sin actuar

---

El siguiente Código Penal Federal de 1929, intentó la aplicación de la doctrina del estado peligroso, pero encontró el obstáculo insalvable de los preceptos constitucionales consagratorios del respeto irrestricto al principio de legalidad.

El Código Penal vigente de 1931, no utiliza como base de la culpabilidad el estado peligroso, en virtud de la exigencia constitucional, y se inclina, sobre todo actualmente después de la reforma de 1994, hacia una culpabilidad de voluntad. No obstante, también tiene en cuenta la defensa social, evaluando la peligrosidad.

[483] Véase por ejemplo ROMÁN QUIROZ, Verónica, La culpabilidad y la complejidad de su comprobación…, pp. 7 y 8.

[484] AMUCHATEGUI REQUENA, I. Griselda. Derecho Penal…, p. 85; CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal mexicano…, pp. 307 y ss. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, Derecho Penal mexicano, México, Porrúa, 1991, p. 349; PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Derecho Penal mexicano…, pp. 391 y ss.; PORTE PETIT, Celestino Candaudap, Apuntamientos de la parte general de Derecho penal…; VELA TREVIÑO, Sergio, Culpabilidad e inculpabilidad, México, Trillas, 1983, pp. 125 y ss.

[485] En su monografía Estructura del concepto de la culpabilidad, Trad. Sebastián Soler, Publicación del Seminario de Derecho Penal, Universidad de Chile, 1966, (publicada originalmente en 1907), abre nuevas vías, calificando por primera vez, la culpabilidad como "reprochabilidad" y considera como presupuesto, y además de la imputabilidad, del dolo o de la culpa, el estado de normalidad de las circunstancias bajo las que el autor obra. Por otra parte, en relación a la culpa, estas excepciones resultarían del grado de las exigencias puestas a la voluntad; y a tal grado dependería de las "circunstancias concomitantes", y determinaría, atendiendo a éstas el grado de exigibilidad.

Por lo que Frank, fue el primero que caracterizó la culpabilidad como reprochabilidad, debe considerársele como el iniciador de la "moderna doctrina normativa de la culpabilidad", no obstante que la "motivación normal" siempre ha de ser sólo la base psíquica de la reprochabilidad, esto es, de la característica normativa de la culpabilidad.

[486] *Cfr.* La concepción normativa de la culpabilidad, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1943, p. 6; intentando este autor, reducir la incorrección de la motivación en el caso de su normalidad, a la infracción de una norma de deber, y ha procurado atribuirle de *lege ferenda* a la motivación anormal, junto con el estado de necesidad y el exceso excusable en la defensa legítima, el valor de una causa de disculpa general. Citado por ROXIN, Claus, Política criminal y estructura del delito…, p. 118. GOLDSCHMIDT intentó derivar la responsabilidad, en Frank no mayormente fundamentada, de la infracción de una "norma de deber" especial. Junto a la norma jurídica que exige un comportamiento externo y cuya lesión fundamenta la antijuridicidad, está "no manifestada" una "norma de deber" que le impone al individuo "dirigir" su comportamiento interno tal como es necesario para poder corresponder a las exigencias puestas a su comportamiento externo por el ordenamiento jurídico".

culpablemente, en cuanto se pueda invocar una causa de exculpación, un caso de exclusión de la contravención del deber. La idea central de las causas de exculpación la vio en la inexigibilidad que le permitió distinguir de las causas de justificación y de la de exclusión de la punibilidad. Por su parte, FREUDENTHAL[487] desarrolló una causa general supralegal de exclusión de la culpabilidad: cuando "a la no realización del hecho punible le hubiese pertenecido una tal medida de resistencia que a nadie normalmente se le puede exigir, entonces falta con el poder el reproche y con el reproche, la culpabilidad, siendo esto, la inexigibilidad".

Por consiguiente, la culpabilidad consiste precisamente en el reproche que se formula al autor del hecho injusto por haberlo realizado, cuando conforme a las circunstancias particulares del caso concreto, podría haberse motivado por cumplir la norma. En consecuencia, la responsabilidad supone una valoración negativa que se formula al autor, por no haber observado una conducta conforme a Derecho.

Sin embargo, la evolución da todavía un paso más allá de esa fase y parece haber alcanzado un fundamento sólido. Mientras que el objeto del juicio de antijuridicidad y del juicio de culpabilidad coinciden en WELZEL, la voluntad de acción, valorada en un caso como no debida, y en el otro como reprochable, la doctrina más reciente ha logrado asegurar al juicio de culpabilidad un objeto de referencia propio: el objeto de juicio de culpabilidad es el hecho en relación con la actitud interna jurídicamente deficiente, de la que nació la decisión de realizar aquél.

Los presupuestos, las premisas o elementos de la culpabilidad en el finalismo son:[488]

---

[487] Citado por GOLDSCHMIDT, James, La concepción normativa de la culpabilidad..., p. 6; ha afirmado Freudenthal que la exigibilidad es, ya de *lege lata*, requisito general de la culpabilidad, aun en relación al dolo.

[488] *Cfr.* MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal, Parte General..., p. 249, este autor acoge un concepto de culpabilidad de acuerdo al modelo lógico matemático de la manera siguiente: culpabilidad es reproche al autor de la conducta violatoria del deber jurídico-penal, por el conocimiento que tiene de que con su acción u omisión no va a salvar bien jurídico alguno o de que existe otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

La culpabilidad implica la existencia de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y de una violación del deber jurídico; esto último en virtud de que no se va a salvar ningún bien jurídico o se tiene otra alternativa de actuación.

a) La imputabilidad, entendida como capacidad de conocimiento y capacidad de motivación, que es el presupuesto existencial de la reprochabilidad.
b) Cognoscibilidad de la específica ilicitud del hecho humano, del alcance y la relevancia jurídico-penal de la conducta.
c) No concurrencia de alguna causa de no exigibilidad de otra conducta, como el estado de necesidad disculpante o exculpante, cuando se sacrifican bienes de igual valía, ante la imposibilidad de salvarlos todos.

Como consecuencia de esto, a la acción u omisión delictiva, le debe sobrevenir un reproche de culpabilidad por su acto, que le formula el Estado, en cuanto estructura jurídico-política definida y aceptada voluntariamente por la sociedad y que se manifiesta por vía del juicio de culpabilidad que dicta el Juez, después de haber conocido el hecho y las circunstancias en que el mismo aconteció y, sólo como resultado del procedimiento de verificación (proceso) seguido para ver si esa conducta corresponde o no a los elementos exigidos por un determinado tipo penal, naturalmente no en base a un análisis estrictamente exegético sino de interpretación lógica y teleológica del sentido en la ley, que obliga a valorarlas a la luz y significación del Derecho Penal mismo, en términos de la definición política del *ius puniendi*, recogido en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en que se analice también la posible existencia de reglas permisivas, que reconozcan el ejercicio de derechos neutralizadores de la antijuridicidad, se estará en posibilidad de considerar integrado el injusto[489] o delito, en sentido estricto, que es la materia sobre la cual el juez deberá declarar el reproche de culpabilidad.

---

[489] Conforme al artículo 16 constitucional, sólo la autoridad judicial puede dictar el mandamiento de captura, desde luego, de manera escrita y debidamente fundado y motivado; en este rubro, se establece como requisito que el mandamiento de captura debe encontrarse apoyado en la existencia de datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

El **cuerpo del delito**, conforme a la acepción jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal. Sobre este particular la Tesis aislada VI.1o.P.169 P, Novena Época, de los Tribunales Colegiados de Circuito, en el Tomo: XIV, Diciembre de 2001, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta y visible en la página 1707, con el rubro y texto siguientes:

"CUERPO DEL DELITO. CUANDO FALTA ALGUNO DE SUS ELEMENTOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). De acuerdo con el contenido de los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, y del diverso 83 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social del Estado, se entiende como cuerpo del

La necesidad de acercar la Política Criminal a la ciencia penal, es de suma importancia, ya que si bien es cierto, las nuevas consideraciones garantísticas encaminadas a lograr una humanización del proceso de la ejecución penal, "la consideración de las víctimas como algo más que una prueba o testigos procesales y, en definitiva, el auge de los estudios de campo por influencia de ordenamientos de tradición anglosajona o influidos por éstos, como los nórdicos, ha obligado a replantear la función de la culpabilidad procurando desterrar, esta vez los vestigios moralizantes que la teoría normativa no pudo vencer".[490] No en vano van a encontrarse en los últimos tiempos en la doctrina, términos que propugnan la desaparición del concepto de "culpabilidad".[491]

Por otro lado, en adhesión a las concepciones teórico-sistémicas JAKOBS ha desarrollado un concepto funcional de culpabilidad,[492] que entiende la culpabilidad como una asignación preventivo general. Para JAKOBS la culpabilidad está determinada por el fin.[493] Sólo el fin da contenido al concepto de la culpabilidad. Este fin lo ve en la prevención general y, por cierto entiende prevención general no en el sentido de intimidación, sino de ejercicio de fidelidad en el Derecho. El fin que determina directivamente la culpabilidad es la estabilización de la confianza en el orden destruido por el comportamiento delictivo; a través de la asignación de culpabilidad y el castigo consecuente con ella, ha de conformarse la corrección de la confianza en la corrección de una norma.[494]

delito al conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho descrito por la ley, así como a los normativos, subjetivos o internos, en caso de que la hipótesis legal lo requiera; por lo que si de la conducta desplegada por el sujeto activo no se acredita alguno de estos elementos, como consecuencia, la hipótesis legal no se actualiza y, por tanto, no podrá efectuarse juicio de reproche alguno".

[490] ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, Introducción a la teoría jurídica del delito, Valencia España, Tirant lo Blanch, 1999, p. 121.

[491] Véanse entre otros ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General..., p. 536, se refiere a la "responsabilidad"; HASSEMER, Winfried, Fundamentos del Derecho Penal..., pp. 271 y ss., JESCHECK H. Heinrich, Tratado De Derecho Penal..., p. 380; se refieren a la "imputación subjetiva"; MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General..., p. 530, se refiere a la "imputación personal"; Octavio de TOLEDO Y UBIETO y HUERTA TOCILDO, Susana. Derecho Penal, Parte General. Teoría jurídica del delito..., p. 281, se refieren a la atribuibilidad; en este mismo sentido DAZA GÓMEZ, Carlos, Teoría de la imputación personal..., p. 106; quien mantiene el concepto de culpabilidad, MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal, Parte General..., p. 243.

[492] En el mismo sentido DAZA GÓMEZ, Carlos. Teoría general del delito..., p. 213.

[493] JAKOBS, Günther, Culpabilidad y prevención, en Estudios de Derecho Penal, España, Civitas, 1997, pp. 73 y ss.

[494] En contra de esta teoría ROXIN, Claus, Política criminal y estructura del delito..., pp. 123 y ss., al referir que el hecho que la función limitadora de la punibilidad

JAKOBS [495] sostiene que: el concepto de culpabilidad es formal, de manera que sólo la finalidad da contenido a la culpabilidad. El fin es el reconocimiento de la norma, pero la determinación de la culpabilidad implica definir a quién le corresponde cargar con el conflicto. De manera que imputación y culpabilidad son un procedimiento por el cual "se aísla de entre las condiciones dadas correspondientes al hecho que defrauda la esperanza, una que se constituye en la única jurídica y penalmente relevante la falta de motivación. La imputación del hecho como culpable es sólo necesaria cuando la lesión no puede ser absorbida por la norma. Para JAKOBS la finalidad es, por tanto, solamente lo que santifica la imputación de un comportamiento contrario a la norma a título de culpabilidad. De ahí que JAKOBS afirme que el principio de culpabilidad aparece como derivado de la prevención general.[496]

La cierta difusión alcanzada en México por la doctrina finalista[497] o por las exigencias sistemáticas derivadas de ella, nos obliga a hacer referencia aquí a los cambios que dicha teoría ha introducido en relación a la culpabilidad,[498] principalmente en nuestra legislación[499] en el numeral 9º del Código Penal Federal, siendo considera-

del principio de culpabilidad se sacrifica por la prevención general. La punibilidad del individuo no se rige ya por las circunstancias que residen en su persona, sino por aquellos que es necesario supuestamente para ejercitar al ciudadano en la fidelidad al Derecho, para la estabilización de su confianza en el ordenamiento. Esto queda totalmente claro cuando JAKOBS quiere inculpar y castigar también a un autor por tendencia totalmente incapaz para autodirigirse, en cuanto no sean conocidos métodos para la curación de su enfermedad con expectativas de éxito.

[495] Citado por DAZA GÓMEZ, Carlos, Teoría general del delito..., p. 215.

[496] *Ibidem*, p. 216.

[497] *Cfr.* principalmente DAZA GÓMEZ, Carlos. Teoría general del delito..., pp. 194 y ss.; DÍAZ ARANDA, Enrique, Dolo. Causalismo, Finalismo, Funcionalismo..., p. 223; Malo Camacho, Gustavo, Derecho Penal mexicano..., pp. 528 y ss.; MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal, Parte General..., pp. 267 y ss.; PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, Teoría del delito..., p. 166.

[498] Por un lado, el concebir a la acción de modo final y el incluir consiguientemente el dolo en el tipo, entendido aquél como el conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico; y por otro el considerar el delito culposo o imprudente como una forma particular de infracción, necesitada de un estudio sistemático en buena medida propio o independiente. Como resultado de estos dos cambios en la ordenación de la estructura del delito, la culpabilidad ha adquirido un nuevo contenido en aquellas obras de la doctrina mexicana que se basan en la doctrina finalista o en postulados sistemáticos derivados de ella.

[499] Rechazar el concepto tradicional de culpabilidad no significa necesariamente tener que renunciar al mismo como categoría jurídico-penal, sino la necesidad de buscarle un fundamento distinto. La relación entre culpabilidad y prevención general, es decir, defensa de determinados intereses, legítimos o ilegítimos por medio de la pena, es evidente. Si en determinado momento (histórico determinado) se consideró,

do en primer lugar, como "principio de culpabilidad", como exigencia garantística contraria al principio de responsabilidad objetiva vigente en nuestro Código Penal durante tantos años,[500] en segundo lugar, se acentúan las características preventivas y garantistas de este elemento como pueden ser la igualdad, la humanidad, la condescendencia ante debilidades humanas, etcétera. Por último, se desiste de la búsqueda de la justicia mediante la aplicación de la pena desterrándose con ello el pensamiento hegeliano de que la pena iguala el mal ocasionado por la comisión de una infracción. La justicia se erige, pues, en principio del ordenamiento hacia cuya consecución se tiende mediante la actuación de los poderes públicos, pero mediante la aplicación de una pena o medida de seguridad, que prevé el Código Penal Federal, en su artículo 24.

En la ley penal mexicana la exigibilidad al autor acerca de su posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta, que debe estar sobre el umbral mínimo, como también el ámbito de su autodeterminación, en función de las circunstancias en que actuó y las cuales deben, asimismo, estar sobre el umbral mínimo de la exigibilidad, como contenido de la culpabilidad normativa, aparecen recogidas en términos de lo dispuesto por el artículo 15, fracciones VII, VIII y también IX, interpretado a *contrario sensu*, del capítulo Sexto del Título Primero del Libro Primero del Código Penal Federal, unidos a los artículos 66 y 69 bis, así como también en relación a los artículos 67 y 68, relativos a las medidas de seguridad, de los capítulos Cuarto y Quinto, del Título Tercero.[501]

---

por ejemplo, que el enajenado o el menor de dieciocho años o el que tiene alterada la conciencia de la realidad en algunos casos quedaban exentos de responsabilidad penal, ello no hizo debilitar la prevención general o la defensa de los intereses de la sociedad frente a esas personas, sino precisamente lo contrario, porque el defecto intimidatorio general y de la defensa social se fortalecían al declarar exentos de responsabilidad penal a unas pocas personas de las que, como la experiencia enseña, no puede esperarse que cumplan las expectativas de conducta contenidas en las normas penales, confirmando así la necesidad de su cumplimiento por las demás personas que no se encuentren en esta situación. Estas razones de prevención general están también desde el punto de vista individual, es necesario en estos casos una pena.

[500] Véase en sentido similar MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal mexicano..., p. 530.

[501] Tales artículos expresan:

Artículo 15. "El delito se excluye cuando...

VII. Al momento de realizar el hecho típico el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiera preordenado su trastorno mental dolosa o

De lo hasta aquí expuesto resulta que la culpabilidad aparece concebida por la doctrina dominante (normativa) como un juicio que no obstante ser calificado como reproche dirigido al sujeto, por consiguiente no requiere la existencia de un sentimiento o de una vivencia de dicho juicio por el individuo; como un reproche que no presupone, en absoluto, un juicio desvaloratorio del sujeto sobre su propia resolución de delinquir. En relación a ello, concluyamos que tal concepción de la culpabilidad no es plenamente consecuente con el sentido ético y valorativo que a la noción de reproche corresponde, pues difícil resulta admitir que merezca un propio y verdadero reproche quien al llevar a cabo su acción no experimenta sentimiento alguno de reproche sobre lo que hace.[502]

La culpabilidad, así, constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica, antijurídica y culpable sea penalmente responsable de la misma. Bajo estas premisas se comprende el rápido éxito, no sólo teórico, sino práctico, legislativo y jurisprudencial, que ha tenido la teoría de la culpabilidad.

Si todo esto es correcto, el Derecho Penal de nuestros días depende decididamente de la fundamentación de la libertad de volun-

---

culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuera previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código."

VIII. "Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta."

IX. "Atentas a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita no sea razonablemente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a Derecho; o..."

Artículo 66. "En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15, sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trate admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta la tercera parte del delito del que se trate".

Artículo 69 bis. "Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor".

[502] *Cfr.* en el mismo sentido CÓRDOBA RODA, Juan. Culpabilidad y pena, Barcelona, España, Bosch, 1977, p. 32.

tad humana, es decir, del indeterminismo. Sin embargo, según la concepción que domina completamente en la actualidad, la libertad de la voluntad no puede ser fundamentada en el indeterminismo, sobre la base de las ciencias del espíritu, sociales y naturales que se ocupan del tema.

Así es de un modo especialmente instructivo la crítica de SCHÜNEMANN[503] "el derecho penal encuentra la libertad de voluntad como una parte previamente dada de la realidad social constituida por el lenguaje, y no sólo puede conectarse con ella, sino que sería incapaz de ignorar esta construcción de la realidad social. Esta libertad de voluntad no es una mera ficción, sino que debe ser señalada como parte de la realidad social tan real como ésta y, desde el punto de vista ontológico, como producto de la evolución, es decir, del desarrollo de la conciencia humana. Para el criterio orientado por el principio causal, esta formación libre de la voluntad es sólo concebible como causalidad, para la que también hay en el campo de aplicación en la explicación de acciones humanas conforme al estado actual de conocimiento de todas las ciencias empíricas, es decir, de la Física, de la Biología, de la Fisiología cerebral y de la Psicología. Esta libertad de voluntad es además reflexiva, en la medida en que no encuentra en su autodeterminación una condición suficiente, pero sí una necesaria".

2. Concepto material de culpabilidad. El concepto material de culpabilidad ha de ser coherente con el concepto de ser humano que inspira la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 16,[504] pues nuestra Carta Magna consagra un Estado social

[503] "Nuevas tendencias en el concepto de culpabilidad", en Revista de Política Criminal y Ciencias Penales, número especial, publicación semestral, México, agosto 1999, p. 95; en el mismo sentido MEDINA PEÑALOZA, Sergio J., Teoría del delito. Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva, México, Ángel Editor, 2001, p. 193.

[504] "**Artículo 16.** Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento."

"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado."

"La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal."

"En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público."

y democrático de Derecho, sustentándose, en la concepción del hombre como persona, como ser responsable, como un ser capaz de autodeterminación conforme a criterios normativos.[505]

"Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder."

"En casos de urgencia o flagrancia, el Juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley."

"Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal."

"En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia."

"Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacía de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor."

"Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio."

"La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos."

"La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley."

"En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente."

[505] La circunstancia específica de que el artículo 16 constitucional sea el que regule los requisitos a satisfacer para el dictado de una orden de aprehensión, no se

puede llevar al extremo de considerar que sólo este precepto rija a tal acto, ya que evidentemente también deberá vigilarse, en su caso, si dicha determinación judicial no infringe alguna garantía constitucional contenida en diverso precepto, dado que podría darse el caso que en la misma se aplicara una ley retroactivamente en perjuicio del quejoso, o fuera librada sin cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; también podría darse el caso que autoridades jurisdiccionales del fuero común, decidieran sobre el libramiento de una orden de aprehensión, respecto de un hecho en que estuviere involucrada una persona perteneciente al ejército y fuera menester examinar su conducta desde el punto de vista de la legislación del fuero castrense; o que no estuviere fundado y motivado dicho acto, así como diversas hipótesis que pudieren formularse respecto de la posible violación de garantías constitucionales contenidas en preceptos diversos al 16 constitucional; luego, resulta limitativo y equívoco concluir que para el libramiento de una orden de aprehensión, sólo deba cumplirse lo establecido en el mencionado artículo 16 constitucional y, por ende, su emisión no puede ser violatoria de los artículos 14, 16 o cualquiera otro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que las garantías de seguridad jurídica que se encuentran consagradas en la Constitución General de la República, son la base sobre las cuales descansa el sistema jurídico mexicano, por tal motivo, éstas no pueden ser limitadas porque en su texto no se contengan expresamente los derechos fundamentales que tutelan.

Por el contrario, las garantías de seguridad jurídica valen por sí mismas, ya que ante la imposibilidad material de que en un artículo se contengan todos los derechos públicos subjetivos del gobernado, lo que no se contenga en un precepto constitucional, debe de encontrarse en los demás, de tal forma, que el gobernado jamás se ubique en una situación de incertidumbre jurídica y por tanto, en estado de indefensión. De acuerdo a lo anterior, cuando se libra una orden de aprehensión, deben cumplirse no únicamente las formalidades establecidas por el artículo 16 constitucional, párrafo segundo, sino que para su aplicabilidad debe atenderse a lo preceptuado en los demás artículos que tutelan las garantías de seguridad jurídica, con la finalidad de proteger de manera firme y eficaz a los derechos fundamentales de la persona tutelados en la Carta Magna.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Tesis de jurisprudencia 31/99, aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de doce de mayo de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cinco votos, que resolvió la contradicción de tesis 56/97, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, el ahora Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, publicada en la Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IX, Mayo de 1999, Tesis: 1a./J. 31/99, Página: 285, en los términos siguientes:

"**ORDEN DE APREHENSIÓN, EN ELLA PUEDEN VIOLARSE GARANTÍAS TUTELADAS, EN ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES DISTINTOS AL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.** La circunstancia específica de que el artículo 16 constitucional sea el que regule los requisitos a satisfacer para el dictado de una orden de aprehensión, no se puede llevar al extremo de considerar que sólo este precepto rija a tal acto, ya que evidentemente también deberá vigilarse, en su caso, si dicha determinación judicial no infringe alguna garantía constitucional contenida en diverso precepto, dado que podría darse el caso que en la misma se aplicara una ley retroactivamente en perjuicio del quejoso, o fuera librada sin cumplir las formalidades

Los representantes de la teoría del poder actuar de otra manera intentan escabullir esta consecuencia, en cuanto se plantean no desde el poder del autor individual, sino del poder otorgado bajo la experiencia al hombre medio, dentro de la capacidad de la mayoría de los hombres. El reproche de culpabilidad contra el individuo es entonces reformulado: el autor podría haber actuado de otra manera en la situación en que se encontraba, en cuanto conforme a nuestra experiencia en casos iguales otro en su lugar al poner en tensión su fuerza de voluntad, la cual posiblemente faltó en el autor, habría actuado posiblemente de otra manera en esas concretas circunstancias. Pero desde un punto de vista indeterminista no es posible apoyar un reproche ético contra una persona individual en capacidades que quizá tenga otra persona, pero que faltan justamente en el autor. Esto no es sólo ilógico, sino también un abandono del punto de partida de que al autor tiene que serle posible una decisión libre.

El punto más notable de este enfoque se encuentra en la amplitud del contenido del concepto empleado de libertad; el interés

esenciales del procedimiento, conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; también podría darse el caso que autoridades jurisdiccionales del fuero común, decidieran sobre el libramiento de una orden de aprehensión, respecto de un hecho en que estuviere involucrada una persona perteneciente al ejército y fuera menester examinar su conducta desde el punto de vista de la legislación del fuero castrense; o que no estuviere fundado y motivado dicho acto, así como diversas hipótesis que pudieren formularse respecto de la posible violación de garantías constitucionales contenidas en preceptos diversos al 16 constitucional; luego entonces, resulta limitativo y equívoco concluir que para el libramiento de una orden de aprehensión, sólo deba cumplirse lo establecido en el mencionado artículo 16 constitucional; y por ende, su emisión no puede ser violatoria de los artículos 14, 16 o cualquiera otro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que las garantías de seguridad jurídica que se encuentran consagradas en la Constitución General de la República, son la base sobre las cuales descansa el sistema jurídico mexicano, por tal motivo, éstas no pueden ser limitadas porque en su texto no se contengan expresamente los derechos fundamentales que tutelan. Por el contrario, las garantías de seguridad jurídica valen por sí mismas, ya que ante la imposibilidad material de que en un artículo se contengan todos los derechos públicos subjetivos del gobernado, lo que no se contenga en un precepto constitucional, debe de encontrarse en los demás, de tal forma, que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y por lo tanto, en estado de indefensión. De acuerdo a lo anterior, cuando se libra una orden de aprehensión, deben de cumplirse no únicamente las formalidades establecidas por el artículo 16 constitucional, párrafo segundo, sino que para su aplicabilidad debe atenderse a lo preceptuado en los demás artículos que tutelan las garantías de seguridad jurídica, con la finalidad de proteger de manera firme y eficaz a los derechos fundamentales de la persona tutelados en la Carta Magna."

particular concretamente perseguido no cumple ningún papel, como tampoco lo hace su valoración intersubjetivista.[506]

Es evidente que la responsabilidad culposa une al destinatario y a la norma en una medida considerablemente mayor que en la responsabilidad dolosa. Pues se le exige al destinatario no solamente que él, de acuerdo con su conocimiento y su poder actual evite la realización del tipo penal, sino también que esté en capacidad de evitar la realización del tipo penal.[507] En este sentido es necesario canalizar las expectativas en la seguridad de la capacidad de acción del destinatario.[508]

Sin embargo, de la capacidad general de autodeterminación del ser humano, no cabe deducir la capacidad de actuar de otro modo de una persona determinada en una situación concreta.[509] Esta capacidad de actuar de otro modo sólo puede ser demostrada empíricamente de un modo parcial.[510] Pero siempre que pueda comprobarse la imposibilidad de obrar de otro modo debe quedar excluida, en principio, la culpabilidad. Por ende, el reproche de la culpabilidad jurídico-penal, se basa sólo en parte en la comprobación empírica de la capacidad de obrar de otro modo y tiene siempre como sustrato, en mayor o menor medida, la capacidad general de autodeterminación del ser humano.

No obstante, el fundamento de la culpabilidad, en el aspecto material, sea la capacidad de obrar de otro modo, en la medida de

[506] En este sentido KINDHÄUSER, Urs, Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996. Por tanto el enfoque liberal-racional de la coordinación recíproca de libertad es ampliamente superior a los enfoques utilitaristas, que parten del intento desesperado de proporcionar una escala de medida de utilidad general para equilibrar diversos intereses, p. 21. Sin embargo, un liberalismo racional interpretado de tal forma no es ni correspondiente con las exigencias del Derecho penal. En primer lugar, la figura de un sujeto racional que se antepone a la sociedad es ya de por sí discutible. Por lo general, la racionalidad y, particularmente, los conceptos de moral son transmitidos intersubjetivamente a través del lenguaje en el proceso de resocialización y, por tanto, están unidos indisolublemente con el estatus de racionalidad de una sociedad concreta, p. 24.

[507] KINDHÄUSER, Urs, Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa..., p. 121.

[508] *Idem.* En el mismo sentido JAKOBS, Günther. Derecho Penal, Parte General..., pp. 592 y ss.

[509] La concepción de la culpabilidad como capacidad de obrar de otro modo viene avalada no sólo por las exigencias normativas, sino también por la concepción del ser humano de la moderna Antropología y la Psicología comparada, así como por el reconocimiento de la libertad de la voluntad en la realidad social, objeto de la regulación del Derecho. En tal sentido se manifiesta CEREZO MIR, José, "El delito como acción culpable", en Dogmática penal, Política Criminal y Criminología en evolución, España, Universidad de la Laguna, 1997, pp. 41 y s.

[510] *Cfr.* ROXIN, Claus, Política criminal y estructura del delito..., p. 123.

la culpabilidad, es decir, de la reprochabilidad de la adopción de la resolución de la voluntad contraria a las exigencias del Derecho, influye también, la índole de los motivos. La capacidad de obrar de otro modo puede estar disminuida, en ciertos casos, por las circunstancias anormales en que se llevó a cabo la acción u omisión típica y antijurídica y la presión emocional a la que se vio sometido el sujeto. En estos casos no le es exigible a esa persona que actúe conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico.[511] Por ello, se busca actualmente sustituir un juicio de reproche, siguiendo la postura de GÓMEZ BENÍTEZ quien sistemáticamente explica: "La pretensión de erradicar el concepto material de culpabilidad del Derecho penal tiene por base el pensamiento de que no existe ya un Derecho objetivo y moral al reproche, y la consecuencia práctica es la objetivación utilitaria de la relación de la sociedad con el "delincuente" o, más aún, la erradicación de juicios morales o éticos de desvalor. Se formula, así, un Derecho penal estrictamente preventivo y se aportan argumentos para descansar de la angustiosa reiteración histórica de la desigual lucha del bien contra el mal."[512]

En resumen, bajo culpa formal entendemos el contenido del reproche de culpabilidad, reproche que se presentará como resultado de la imputación dogmática de un hecho punible. Este reproche significa: si el autor se hubiese formado un motivo dominante para cumplir con la norma, entonces hubiera podido evitar su comportamiento antijurídico. Aunque existiesen circunstancias eximentes de responsabilidad o causas de justificación, éstas no se hacen evidentes para justificar el no haberse formado ese motivo de cumplimiento de la norma; por consiguiente, se le puede imputar al autor su acción delictiva a título de culpa.

3. Elementos de la culpabilidad. El juicio de desvalor sobre la actitud interna del autor respecto al Derecho se formula globalmente, sin atender a la impresión conjunta de la personalidad, sino que descansa en la comprobación de los elementos de la culpabilidad previstos por el artículo 15, fracción VII, del Código Penal Federal. Las condi-

[511] Contemplado materialmente, el concepto de culpabilidad tiene el carácter de un postulado, en el sentido de que sólo muy determinadas propiedades de la acción o del autor pueden ser tomadas en cuenta como base del juicio de culpabilidad. Del concepto material de la culpabilidad se trata en toda discusión de política jurídica acerca de los presupuestos bajo los cuales deba realizarse la responsabilidad del hecho penal.

[512] "Sobre lo interno y lo externo, lo individual y lo colectivo en el concepto penal de culpabilidad", en Política Criminal y nuevo Derecho penal, libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, España, Bosch, 1997, p. 273.

ciones que deben concurrir para que se pueda afirmar que el autor, en el caso concreto, tuvo la posibilidad de obrar conforme el orden jurídico son las siguientes:

a) La *imputabilidad*, es un juicio sin el cual se entiende que el sujeto carece de libertad para comportarse de otro modo a como lo hace (poder actuar de otro modo). Este juicio no puede apoyarse en la pertenencia del sujeto a un determinado ámbito social o grupo social, pues ello implicaría una discriminación. Por eso, el primer nivel del juicio de imputabilidad es simplemente la asignación a un determinado ámbito social. Tampoco puede sustentarse tal juicio en la sola constatación de un conflicto social, también ello será discriminatorio con el sujeto, pues hay una gran cantidad de conflictos sociales que se resuelven mediante medidas sociales y políticas y no penales.[515]

b) *Conocimiento de la antijuridicidad*, el dolo pasa al injusto sólo como "dolo natural", por lo que no incluye el conocimiento de la prohibición. El examen de este aspecto queda para la culpabilidad, pero no ya como un contenido psicológico de conocimiento efectivo, sino como posibilidad, normativamente determinable, de dicho conocimiento. Del mismo modo que en la imputabilidad se pregunta si el sujeto podría actuar de otro modo, en este punto se comprueba si podía conocer la prohibición del hecho, en cuanto condición del poder adecuar la conducta a la norma.[514]

[515] Al respecto PORTE PETIT, Celestino Candaudap, Apuntamientos de la parte general de Derecho penal..., pp. 135 y s., refiere que la idea de considerar a la imputabilidad como un presupuesto del delito, descansa fundamentalmente en la circunstancia de estimarla como un atributo del sujeto, quien preexiste en el orden natural a su hecho y por ende al delito mismo. Desde tal punto de vista, la posición que sostiene la identidad de la imputabilidad como un presupuesto general del delito, sólo es sostenible totalmente y en caso de aceptarse la categoría de los presupuestos, lo cual ha sido puesto en duda con frecuencia. En efecto, se ha dicho que *ex ante* todo puede ser considerado como presupuesto del delito: norma penal, sujetos, medios comisivos, etc., en tanto *ex post* todo se compenetra en el delito y por ello resulta difícil de separar el presupuesto del elemento constitutivo. En sentido similar Maurach, Reinhart, Jornadas de Derecho Penal, Buenos Aires, Argentina, 1962, p. 121.

[514] PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, Teoría del delito..., p. 171, refiere que no es idéntica a la capacidad de derecho o la capacidad de obligación, sino más bien son conceptos diferentes. La capacidad de actuar se refiere siempre a un hecho bien determinado, es capacidad de actuar *a doc*. La capacidad de delinquir y la capacidad de actuar son idénticas desde el punto de vista de su esencia y sus elementos constitutivos.

c) La *exigibilidad*, si bien reconoce que esta causa no excluye por completo la posibilidad de actuar de otro modo ni, por ende, la culpabilidad, se entiende que la disminuye de forma suficiente como para disculpar (en el sentido de perdonarle su culpabilidad) al sujeto y eximirle del reproche de su culpabilidad.

Estos son los elementos sobre los que se asienta el concepto jurídico-penal de culpabilidad. En la medida en que los mismos concurran, el autor del hecho injusto es culpable, y por ello el Estado, a través del Poder Judicial de la Federación, con ello, queda legalmente habilitado para imponer la sanción que corresponda al delito cometido, lo anterior en atención al criterio jurisprudencial intitulado: "**EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE. SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA.**"

Por eso, junto con su vertiente positiva estudiaremos también su negación y las causas que los excluyen o, por lo menos, influyen en su graduación. Las diferencias entre causas de exclusión o anulación de la culpabilidad y causas de licitud son evidentes: las primeras dejan intacto el tipo de injusto, con todo lo que ello comporta en orden a la aplicación de sanciones no penales, medidas de seguridad, admisión de la defensa legítima frente al que actúa, posibilidad de participación de terceras personas, etc.; en cambio, las segundas convierten el hecho en algo lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico, no cabe defensa legítima frente a ellas, tampoco cabe responsabilidad penal por participación de terceros, etcétera.

En este sentido, muchas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, atenuantes y agravantes podrían formar parte del tipo de culpabilidad de un delito concreto. Sin embargo, el carácter ético y moralizante de muchos de estos elementos, sus dificultades probatorias y su indeterminación los convierten en grave fuente de arbitrariedad en el momento de la determinación de la pena.

Desde una concepción preventiva de la pena cabe una segunda posibilidad: buscar el fundamento de la imputación personal en la

Por eso se le domina comúnmente capacidad de delinquir, o bien, capacidad de culpabilidad y erróneamente capacidad de imputación, esta capacidad de actuar presupone:

a) capacidad de autodeterminación;
b) tener conocimiento de la norma;
c) posibilidad del conocimiento del deber en el momento del hecho;
d) capacidad de guiarse por la norma, y
e) capacidad para el cumplimiento del deber.

necesidad de pena que existe ante los sujetos normales pero que acaso, deje de concurrir respecto de quienes actúan en alguno de los supuestos tradicionalmente incluidos entre las causas de exclusión de culpabilidad.[515]

Por eso, debe rechazarse su admisión genérica o interpretarse muy restrictivamente cuando se den claramente en algún delito concreto. La problemática pertenece más a la parte especial y al estudio de la figura delictiva concreta en el que se exijan. En caso de error y de comunicabilidad a los distintos partícipes son aplicables, en principio, las reglas de los artículo 51 al 56 del Código Penal Federal, salvo que sean elementos constitutivos del delito en cuestión, ya que entonces se rigen por las reglas generales de error, artículo 66, y participación, artículo 54, del citado ordenamiento legal.

En los elementos de la culpabilidad objetivamente configurados, el autor ha de conocer el punto objetivo de referencia, so pena de que quede excluido el efecto de éste sobre la formación de voluntad y, consecuentemente, tampoco resulte afectada la actitud interna del autor frente al Derecho, actualizada en el hecho. En cambio, no se necesita prueba acerca de que la circunstancia conocida por el autor haya sido decisiva para la motivación del hecho. Sin embargo, si supiera equivocadamente la presencia de un elemento de la culpabilidad objetivamente configurado, ello le beneficiaría, ya que entonces su voluntad se habría formado en las mismas condiciones que si en realidad hubiera concurrido la circunstancia. En el caso de los elementos de la culpabilidad configurados subjetivamente, las circunstancias externas a las que se refiere el tipo deben ser conocidas por el autor y haber influido realmente en la formación de su voluntad. Basta, no obstante, con que éste las haya dado por supuestas erróneamente y esa mera representación influyera en dicha formación de su voluntad.

En el caso de la participación, todos los elementos del tipo de culpabilidad deben tratarse conforme al principio de que la culpabilidad de los coautores, los inductores y los cómplices es independiente de la culpabilidad de los restantes partícipes. Esto vale por igual tanto para los elementos de la culpabilidad que fundamentan la pena como para los que la excluyen, y para los que la agraven, lo mismo que para los que la atenúan, conforme al artículo 54 del Código Penal Federal. Aquí, los elementos de la culpabilidad se distinguen de los elementos personales del injusto, en los que la accesoriedad sólo cede cuando se trata de "condiciones especiales elementos personales",[516] previsto en los artículos 52, fracción VII, y 54 del Código Penal Federal.

[515] MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General..., p. 552.
[516] JESCHECK, H. Heinrich, Tratado de Derecho Penal..., p. 429 y s.

Lo anterior es así con la tesis jurisprudencial 1ª./J.76/2001, que a la letra establece:

"CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO, DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO, EN TÉRMINOS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, DE 10 DE ENERO DE 1994. Del proceso legislativo de la referida reforma advierte que tuvo como finalidad abandonar el criterio de la peligrosidad como el eje fundamental sobre el que debía girar la individualización de la pena, para adoptar la figura del reproche de culpabilidad. Al respecto, los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal vigentes a la fecha, establecen un esquema de individualización de la pena que es una especie de combinación de dos sistemas, el de culpabilidad de autor como una suerte de cauce hacia una Política Criminal adecuada. El numeral 52 indica que al imponer la pena respectiva debe atenderse al grado de culpabilidad del agente, en tanto que el artículo 51 dice que deben tenerse en cuenta las circunstancias peculiares del propio sujeto activo, entre las que destaca, en términos del artículo 65 del mismo cuerpo de leyes, la reincidencia. Por otra parte, la fracción VIII, del propio artículo 52 señala que debe atenderse a las condiciones propias del sujeto activo, que sirvan para determinar la posibilidad que tuvo el mismo de haber ajustado su conducta a lo previsto en la norma. Todas estas reglas tienen como finalidad específica servir de medio por virtud del cual el Derecho penal proporcione la seguridad jurídica a que aspira, teniendo para ello como objetivo la prevención de conductas delictivas, al ser una de las formas que asegura la convivencia de las personas en sociedad, y así cumplir con la prevención especial a que alude el numeral 51 del ordenamiento legal citado, que deriva de la aplicación de la pena a un caso concreto para evitar la posterior comisión de delitos por parte del sentenciado. Por tanto, si bien las alusiones a la culpabilidad deben ser entendidas en la forma de una culpabilidad de acto o de hecho individual, en esas referencias necesariamente deben encontrarse aspectos claramente reveladores de la personalidad del sujeto, ya que es cuestionable que la personalidad desempeña un papel importante en la cuantificación de la culpabilidad, toda vez que es uno de los datos que nos indican el ámbito de autodeterminación del autor, necesario para apreciar el por qué adoptó una resolución de voluntad antijurídica pudiendo adoptar una diferente. En ese orden de ideas, es claro que el juzgador al determinar el grado de culpabilidad del acusado, debe tomar en cuenta sus antecedentes penales, para así estar en posibilidad de verificar si la prevención especial consagrada en el artículo 51 ha funcionado o no".

2. *Imputabilidad o capacidad de culpabilidad*

La capacidad de culpabilidad es el primero de los elementos sobre los que descansa el juicio de culpabilidad. Sólo quien ha llegado a una determinada edad y no padece graves perturbaciones psíquicas posee aquel mínimo de capacidad de autodeterminación que el ordenamiento jurídico-penal exige. A falta la capacidad de culpabilidad, el autor puede ciertamente, actuar pero no llegar a ser culpable, ya que el hecho no responde a una actitud jurídica merecedora de desaprobación.

Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad.[517]

CASTELLANOS TENA,[518] expone que algunos autores han pretendido establecer una distinción entre el concepto de imputabilidad y capacidad penal al señalar que, además de la primera, el juicio de culpabilidad exige la capacidad penal. De acuerdo con esta posición, defendida, entre otros, por MANZINI, esa capacidad será el presupuesto de la imputabilidad, refiriéndose aquélla a la idoneidad abstracta para ser sujetos de derecho penal, o a las condiciones que permiten a un sujeto entrar en relación con la norma penal o ser destinatario de ella, a los coeficientes psíquicos a que se refiere el sujeto, en tanto que la imputabilidad haría referencia a las condiciones concretas en que el individuo se encuentra al realizarse el hecho, a la capacidad de entender y querer tal como se manifiesta en el hecho concreto, a los coeficientes psíquicos que viven en el hecho.

[517] *Cfr.* Los antecedentes de la concepción de la imputabilidad, CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal mexicano..., pp. 310 y s.; como fundamento de la imputabilidad se sostuvo durante largos siglos los principios del libre albedrío y de la responsabilidad moral que estimó inmutable Carrara como base perdurable a la Escuela Clásica al mantener que la libertad es un atributo indispensable de la voluntad, de tal suerte que ésta no puede existir sin aquélla, del mismo modo que no puede haber materia sin gravedad. La imputabilidad se fundó, así, en el concurso de la inteligencia y de la libre voluntad humana. En consecuencia, donde faltara alguna, cualesquiera que fueran las circunstancias de la acción y las condiciones propias del sujeto. Profundamente enraizada en la conciencia popular esta doctrina y por ello políticamente eficaz, en cierto modo se la reconoce modernamente utilidad por algunos autores, siempre que se identifiquen el libre albedrío y el estado normal del hombre.

[518] Lineamientos elementales de Derecho penal..., p. 218.

El concepto de la capacidad de culpabilidad conecta, por de pronto, con la edad. Antes de cerrarse el proceso de maduración reflejado en la edad, no puede formularse en modo alguno el reproche de culpabilidad o éste requiere la constatación de que el autor alcanzó un grado de desarrollo intelectual, madurez moral y fuerza de voluntad que justifique, por lo que se proceda a medir su posición ante el Derecho, esto es, actualizada en el hecho, conforme a criterios acordes con la edad juvenil, pero, en todo caso jurídico penales.[519] Además, la capacidad de culpabilidad se encuentra en relación con la salud psíquico-mental del autor, por lo que ha de negarse con la presencia de manifestaciones de disminución notable. Ello requiere la capacidad personal de evitar el hecho, que normalmente se dará, pero que excepcionalmente puede faltar en algunas personas. Al suceder esto, el desvalor objetivo del hecho antijurídico no irá seguido de su imperativa; no sólo requiere la completa imputación personal del hecho antijurídico, sino también la imputación de su carácter antijurídico, siendo aplicable al respecto el criterio sostenido por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito, con la tesis XIV. 2o.31.P, Novena Época, Tomo IV, Octubre de 1996, visible en la página 634, publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, bajo el rubro siguiente:

> **"TRASTORNO MENTAL. CASO EN EL QUE EL CERTIFICADO MEDICO NO ES SUFICIENTE PARA ACREDITAR DICHA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD.** No basta la existencia de certificados médicos en los que aparece que el quejoso sufre epilepsia y trastornos de personalidad caracterizada por irritabilidad, que a veces lo vuelven violento, para estimar que opera en su favor eximente de responsabilidad alguna, ya que el médico examinador expresó que el acusado se encontraba lúcido, bien orientado y refería sentimientos de tristeza y arrepentimiento por haberle disparado a la occisa y luego a sí mismo, de donde se desprende que procedió bajo plenitud de control de su mecanismo razonador y a sabiendas de la ilicitud de su conducta, por lo

[519] En el mismo sentido VELA TREVIÑO, Sergio, Culpabilidad e inculpabilidad..., pp. 28 y 29, al expresar que imputabilidad es capacidad de entendimiento respecto a la calidad de la conducta en razón del suficiente desarrollo intelectual (tener la edad requerida por la ley) y la salud mental que permita una correcta valoración de lo antijurídico y de lo jurídico y que se haya tenido en el momento de la producción del resultado típico, la facultad de autodeterminación tanto en la decisión como en el impulso de la voluntad, termina por estimar que si la imputabilidad no puede estimarse como anterior o ajena al delito sino formando parte contemporáneamente con él, resulta ser fundamento para el juicio de reproche relativo a la culpabilidad y por ello es un presupuesto de ésta.

que no puede considerarse que perdió el dominio de sus actos, es decir, que la emoción produjo la privación del uso normal de sus facultades mentales, que son indispensables para la comprensión de lo antijurídico del acto".

Esta es la razón por la que se considera la posibilidad de prohibir una conducta de quien actúa sin responsabilidad penal: sólo porque se presupone la prohibición normativa podrá ser recibida por el no responsable, por lo que, no es absurdo dirigirle dicha prohibición. Y expresado al contrario: para la doctrina, la exclusión de la culpabilidad no implica, de suyo, la de la prohibición del hecho, porque no admite que suponga permitir *a priori* la conducta al inculpable, esto es, decirle, por ejemplo, "en tu situación".

Según la doctrina dominante, la imputabilidad requiere de dos elementos:

a) la capacidad de comprender lo injusto del hecho, y
b) la capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento.

Esta característica de la imputabilidad ha venido a sustituir la noción histórica (como capacidad de conocer y querer). Hemos advertido que también los inimputables pueden conocer y querer el hecho. En el caso del enajenado, éste puede saber que está privándole de la vida a otra persona y que además lo quiere hacer. Por lo que en el finalismo, si falta el dolo natural, desaparece el tipo de injusto doloso y no sólo la culpabilidad, lo cual presupone que la capacidad de querer se exige, para que pueda entenderse que alguien realiza un tipo doloso y no sólo para los imputables. Por ello, si no concurre el primer elemento relativo a la comprensión de lo injusto (si el autor del injusto se halla en una situación mental en que no puede percatarse suficientemente de que el hecho que realiza se halla prohibido por el Derecho), tampoco concurrirá el segundo (si el sujeto es incapaz de autodeterminarse, de autocontrolarse, con arreglo a la comprensión del carácter ilícito del hecho), pero puede concurrir la suficiente capacidad de entendimiento y hallarse ausente el elemento de autocontrol según dicho entender.

1. **Causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad (causas de inimputabilidad)**. Es éste el momento de ocuparnos del estudio de las distintas causas de inimputabilidad que el Código Penal Federal contempla.

a. *La minoría de edad*

Los menores de edad componen un especial grupo de sujetos inimputables. Los Códigos Penales de la República Mexicana fijan una edad por debajo de la cual el sujeto autor es considerado inimputable,[520] por ello, incapaz de culpabilidad. Actualmente existe una áspera polémica sobre la cuestión del límite de edad. Antes de tomar postura al respecto, es preciso advertir que el problema del límite no reside en sí mismo, sino en el tratamiento que se da antes y después de traspasarlo.[521]

Cuando es éste el planteamiento, los criterios propuestos en la fijación de la minoría de edad penal se contraen a tres:

1. *Biológico*, el cual consiste en establecer un límite de años;
2. *Intelectual*, atiende a la capacidad de discernimiento; y
3. *Mixto*, combina ambos criterios.

Al tomarse en cuenta la crítica al fundamento culpabilista, se comprende sin dificultad, por qué desde tal fundamento se ataca al criterio biológico, ya que es absurdo creer que el discernimiento se adquiere al día siguiente de alcanzar la edad señalada, y no antes. Además, en la actualidad, el discernimiento deja de invocarse como fundamento de la terminación de la minoría penal. Hoy se entiende que la pena no es el modo adecuado de tratar a niños o jóvenes, sino que para ellos ha de existir un Derecho especial[522] cuyo primordial carácter no sea el represivo. Por ende, se fijan límites de edad pero sin pretender justificarlos en nombre del discernimiento, sino como lo que son, decisiones político-criminales. El criterio intelectual no es

[520] En el caso de los siguientes Estados se contempla la responsabilidad penal a partir de los 16 años: Aguascalientes, Nayarit, Coahuila, Durango, Michoacán, Guanajuato, San Luis Potosí, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas, Quintana Roo. Por lo que respecta al Estado de Tabasco, se contempla la imputabilidad a los 17 años.

[521] Puede suceder, y así se comprueba en Códigos de países con alto grado de desarrollo cultural, que la mayoría de edad penal comience muy pronto a los ojos del jurista de otros países, olvidando que esa mayoría de edad sólo determina la aplicación del tratamiento penal específico para jóvenes y adolescentes. En cambio en otras legislaciones, la mayoría de edad penal implica de hecho pasar de niño a adulto sin etapas intermedias.

[522] En el mismo sentido DAZA GÓMEZ, Carlos, Teoría general del delito..., p. 255; este autor, expone 3 modelos para los menores infractores: a) el modelo de protección; b) el modelo educativo y c) el modelo de responsabilidad.

defendido hoy por la doctrina ni acogido, salvo la excepción inglesa, en las legislaciones de nuestro entorno.

Por lo que respecta al terreno legislativo, la pauta para los Códigos Penales es la de distinguir tres periodos: menor de edad, edad joven, edad adulta; o incluso cuatro: menor de edad, edad joven, edad semiadulta, edad adulta. La intervención de la ley penal comienza en la edad juvenil. Antes de ese momento, la menor edad es total y el niño queda plenamente sustraído al Derecho Penal, al respecto se colige el criterio del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, correspondiente a la Octava Época, Tomo: XVI, Noviembre de 1993, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, y visible en la página 357, bajo el siguiente rubro y texto:

> "**HOMICIDIO CALIFICADO. LAS PENAS APLICABLES CUANDO EL OCCISO SEA UN MENOR DE EDAD O PADEZCA ENAJENACION MENTAL SERÁN LAS DEL.** El artículo 313 del Código Penal para el Distrito Federal es claro al señalar y diferenciar las dos circunstancias o hipótesis que establecen las penas aplicables en los delitos de homicidio e inducción al suicidio cuando el occiso o suicida, en su caso, sea un menor de edad o padezca enajenación mental, precisando que al homicida se le aplicarán las señaladas para el homicidio calificado, previstas en el artículo 320 del Código Penal en cuestión, y la sanción que corresponde al instigador al suicidio, serán las contempladas en el artículo 298 (lesiones calificadas) en relación con el numeral 315 ambos del citado ordenamiento legal, circunstancias que no deben confundirse como sinónimos para la aplicación de sanciones, pues se encuentran perfectamente diferenciadas y descritas por la ley, ya que se habla de penas previstas para dos delitos diversos y no sólo para la inducción al suicidio."

Hay que advertir aquí que el carácter especial de una ley para menores infractores no tiene nada que ver con la naturaleza penal de esa ley; por eso se ha dicho que se entra en las leyes penales desde la edad juvenil, lo que ha permitido acuñar la expresión Derecho Penal de menores.

El artículo 15, fracción VII, del Código Penal Federal dispone:

> "Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuera previsible".

b. *Alteración de la percepción*

Nos encontramos ante una eximente que tiene naturaleza de causa de exclusión de la imputabilidad como consecuencia de que el sujeto sufre una enfermedad, anomalía o trastorno mental. La principal característica de esta eximente es su innecesariedad, esto es, se trata de una causa de exclusión de la responsabilidad superflua y que carece de relevancia político-criminal. Son tres fórmulas las que se han sugerido para regular este tipo de inimputabilidad.

1) *Fórmulas psiquiátricas*: aluden únicamente a la enfermedad, anomalía o trastorno mental sin hacer referencia a sus efectos psicológicos en la conciencia o voluntad del sujeto, o en capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta o de obrar conforme a ese conocimiento.
2) *Fórmulas psicológicas*: se sitúan en el extremo opuesto, referencia hecha únicamente al estado de inconsciencia o anulación de la voluntad del sujeto, cualquiera que haya sido la causa que lo haya provocado.
3) *Fórmulas mixtas: psiquiátrico-psicológicas o biopsicológicas*: constituyen un intento de superar las limitaciones de los anteriores planteamientos. Hacen referencia a una enfermedad, anomalía o trastorno mental pero, además, se exige que como consecuencia de ello el sujeto se haya visto privado de la capacidad de entender o de querer, o de comprender el carácter ilícito de su conducta o de obrar conforme a dicho conocimiento.

c. *La enajenación y el trastorno mental transitorio*

El trastorno mental transitorio aparece recogido en el artículo 15, fracción VII, del Código Penal Federal:[523]

[523] La legislación penal del Distrito Federal, a través de las reformas de 1983, vigentes a partir del 13 de abril de 1984, estableció como causa de excluyente de responsabilidad, en su artículo 15, fracción II, el trastorno mental y el desarrollo intelectual retardado que impiden al sujeto la comprensión del carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, causa que en la reforma penal de 1993, en vigor a partir del primero de febrero de 1994, quedó estructurada, en la fracción VII del artículo 15 del Código Penal. Pavón Vasconcelos, Francisco, Derecho Penal mexicano..., p. 404. En el caso del Estado de Sonora, para que se considere excluyente de responsabilidad en atención al artículo 13, fracción II, del Código Penal, es necesario, según esta tesis, lo siguiente:

"Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado...".

PAVÓN VASCONCELOS refiere que en "la fórmula citada, la legislación positiva penal encuadró (como ya lo hacía el texto de la fracción II del artículo 15 de la reforma de 1983 al Código Penal), tanto el trastorno mental transitorio como el permanente y el desarrollo mental retardado, lo cual condiciona la excluyente a la ausencia de la capacidad de comprensión de la ilicitud del hecho típico, en el momento de su realización, o de conducirse de acuerdo a esa comprensión, salvo el caso de la provocación dolosa o culposa del trastorno mental, en que la ley pone cargo de infractor el resultado típico causado, siempre que lo haya previsto o le fuera previsible".[524]

Por lo que respecta a las clasificaciones de las enfermedades mentales, dado que generalmente no dan una clara idea de cómo se ha desarrollado el proceso de la enfermedad y, por tanto, más bien utilizan como criterio los efectos de tales procesos, que muchas veces tienden a un denominador común, sobre todo en los estados agudos, resulta difícil la precisión de la tipología, por lo que el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito ha hecho un importante esfuerzo por aportar el siguiente criterio jurisprudencial, con la tesis III.2o.P.58 P, correspondiente a la Novena Época, Tomo: XI, Enero de 2000, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, la cual se encuentra visible en la página 1005, bajo el siguiente rubro y texto:

"**IMPUTABILIDAD DISMINUIDA. DEBE SANCIONARSE ACORDE A LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 69 BIS DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.** La figura de la imputabilidad disminuida que es reconocida por la doctrina, ha sido plasmada en el artículo 69 bis del código punitivo federal, y para su aplicación no resulta menester que el activo carezca de la capacidad para comprender lo ilícito de su actuar, sino únicamente que esa capacidad se encuentre disminuida; es decir, que aun cuando pueda percibir la trascendencia social y moral de sus actos, presente un retardo mental que disminuya su capacidad de comprender el carácter de ilicitud del hecho, por lo que no puede ser sancionado de acuerdo a las reglas generales de la imposición de penas, sino que el juzgador debe aplicar las reglas especiales respecto de hasta las dos terceras partes de la pena que en derecho corresponda, tal y como lo establece el citado precepto legal, que a la letra dice: «Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII, del artículo 15 de este código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor». Por tanto, el tribunal responsable al no acatar las reglas del numeral en comento y no sancionar al activo con hasta las dos terceras partes de la pena que le correspondería al antijurídico o la medida de seguridad condigna (artículo 67 del Código Penal Federal), o bien ambas, transgrede en perjuicio del quejoso las garantías de legalidad y seguridad jurídica, contenidas en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna".

Para la aplicación de la eximente, la anomalía o alteración psíquica, en los supuestos de trastorno mental transitorio, es preciso no sólo que el sujeto esté privado por completo de la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta o de obrar conforme a ese conocimiento, sino también que el trastorno mental transitorio no hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión. Este requisito negativo de la eximente alude a las llamadas acciones libres en su causa (*actio liberae in causa*). El sujeto es inimputable en el momento de realizar la acción u omisión típica y antijurídica, pero no lo era en un momento anterior, cuando se provocó el trastorno mental transitorio. Se establece pues, aquí, una excepción al principio de que el sujeto ha de ser imputable en el momento de realizar la acción u omisión típica y antijurídica. El requisito es perfectamente compatible, sin embargo, con el principio de culpabilidad por el hecho, en el juicio de reproche se tienen en cuenta no sólo las circunstancias del mismo, sino también la conducta anterior del sujeto, en la medi-

Octava Época, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XI, marzo de 1993, página: 280

"**EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. PERTURBACIÓN DE LAS FACULTADES MENTALES. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SONORA)**. Para que proceda la excluyente de responsabilidad contenida en la fracción II del artículo 13 del Código Penal en vigor en el Estado de Sonora, es necesario que el agente activo del delito se encuentre perturbado de sus facultades mentales, en estado de inconsciencia de sus actos, por el empleo accidental e involuntario de substancias tóxicas, embriagantes o enervantes. De manera que, aun cuando esté demostrado que el inculpado, al cometer el delito, haya actuado efectivamente perturbado de sus facultades mentales, no por ello opera dicha excluyente de responsabilidad, si de sus propias declaraciones se desprende que no hubo tal empleo accidental e involuntario".

[524] PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Derecho Penal mexicano..., pp. 404 y s.

da en que sea relevante para determinar si la acción u omisión típica y antijurídica realizada le era o no, o en qué medida le era reprochable al sujeto,[525] tal y como lo prevé el artículo 15, fracción VII, del Código Penal Federal:

> *"Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere preordenado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuera previsible".*

A pesar de que la cuestión es dudosa, se entiende que se hace referencia únicamente a los supuestos en que la provocación del trastorno mental transitorio, por el autor, es voluntaria, con el propósito de cometer el delito, o el haber previsto o debido prever que en esta situación podía cometerlo. Quedan fuera de la eximente por ello, no sólo los supuestos en el que el sujeto se provocó el trastorno mental transitorio con el fin de cometer un delito, sino también cuando se representó la comisión del delito como necesariamente unida a la provocación del trastorno mental transitorio, o cuando se prevé la posibilidad de cometer un delito durante el mismo, así como los supuestos de la llamada *actio liberae in causa* dolosa. El término delito está utilizado aquí en sentido amplio, es decir, comprende no sólo los delitos en sentido estricto, sino también las faltas.

En el Código Penal Federal, en su artículo 15, fracción VII, quedan excluidas también de la eximente de anomalía o alteración psíquica, los supuestos más graves de la *actio liberae in causa* culposa, esto es, aquellos casos en que la provocación del trastorno mental transitorio es voluntaria, habiendo previsto el sujeto que en esta situación podía cometer el delito. En los restantes casos sería aplicable la eximente en relación con el hecho delictivo cometido durante el trastorno mental transitorio, porque supone una infracción del cuidado objetivamente debido para evitar la producción del resultado delictivo, la conducta culposa está sancionada por la ley expresamente y se dan los restantes elementos del tipo de lo injusto de los delitos culposos: el resultado se hubiera producido precisamente como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido y

[525] Véase a este respecto CEREZO MIR, José, "Aspectos Problemáticos de la eximente de anomalía o alteración psíquica", Revista de Derecho penal y Criminología, 2ª época, No. extraordinario, Madrid, España, UNED, marzo 2000, principalmente pp. 270-272.

fuera uno de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida. No podrá incurrir en responsabilidad, sin embargo, en los delitos de simple actividad, la conducta realizada al provocar el trastorno mental transitorio no representa aún un comienzo de la acción típica del delito culposo.

d. *Las "actio liberae in causa"*

La expresión *actio liberae in causa* hace referencia a aquellas situaciones en las que el sujeto lesiona un bien jurídico siendo penalmente irresponsable.[526] Sucede, no obstante, que con anterioridad a la lesión del bien jurídico él mismo ha provocado la situación de exención que le beneficia.[527] El Código Penal Federal conserva este esquema de eficacia jurídico penal de la embriaguez o intoxicación al establecer en la segunda parte del artículo 15, fracción VII:

> "Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico, siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible".

El trato que debe recibir el autor de la provocación ha preocupado, y sigue siendo preocupante, a la doctrina y a la práctica jurisprudencial no sólo de nuestro país.

Una de las cuestiones más discutidas es la relativa al significado del propio término técnico *actio liberae in causa.* Pueden distinguirse

[526] Consúltese entre otras jurisprudencias: Octava Época Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: XI, Marzo de 1993, Página: 279; Octava Época Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XIV, Septiembre de 1994, Tesis: II. 1o. 126 P. Página: 323; Octava Época Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO TERCER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: I, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1988. Página: 284. Octava Época, Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XI, Marzo de 1993. Página: 272; Octava Época Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO TERCER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: III, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1989, Página: 313.

[527] En sentido similar Daza Gómez, Carlos, Teoría general del delito..., p. 240; Márquez Piñero, Rafael, Derecho Penal, Parte General..., p. 243; Román Quiroz, Verónica, La culpabilidad y la complejidad de su comprobación..., pp. 31-35.

dos posiciones doctrinales fundamentales y, quizás, también podríamos hablar de una tercera postura.

a) En la primera se ubican aquellos autores para los cuales el recurso a la *actio liberae in causa* comporta necesariamente que estos casos se solucionen de una determinada manera. Concretamente la *actio liberae in causa*, según esta primera postura, admite una única solución: castigar la acción cometida en estado defectuoso. Esta tesis se justifica con argumentos históricos y otros relativos al sentido filológico de este término.
b) En segundo lugar, hay otros autores que, por el contrario, entienden que la estructura de la *actio liberae in causa* implica castigar al sujeto por la acción precedente. Sus argumentos, como veremos en seguida, son preferentemente de carácter dogmático.
c) En tercer lugar, sería más exacto hablar de diversas opiniones que tienen en común desvincular el concepto de *actio liberae in causa* de la solución concreta, correctamente en nuestra opinión, que una cosa es el origen histórico del término *actio liberae in causa*,[528] otra, las soluciones propuestas históricamente, y por último, otra, la forma en que deben tratarse estos supuestos en la actualidad.

No obstante los intentos de quebrar el esqueleto normativo de la *actio liberae in causa* dolosa, al controvertir la idea de que es posible establecer un paralelo con la autoría mediata mediante la utilización de un instrumento inculpable, tienden a fracasar.[529]

[528] El argumento histórico le sirve para cumplir con dos objetivos: uno, otorgar un determinado significado a la estructura de la *actio liberae in causa* y dos, mostrar la existencia de una costumbre según la cual estaría permitido en determinados casos a dejar de aplicar los preceptos del Código Penal Federal relativos a la inimputabilidad. El problema estará zanjado en un sentido muy concreto: de aceptarse la *actio liberae in causa* deberá también admitirse necesariamente que al sujeto se le debe imputar la acción realizada en situación de inimputabilidad.

[529] En este sentido SCHÜNEMANN, Bernd, Nuevas tendencias en el concepto de culpabilidad..., p. 105, en contra de su postura NEUMANN porque el autor en la *actio liberae in causa* no entrega el curso del suceso en manos de otro, distinguiéndose así de la autoría mediata, pues el acto que produce inmediatamente el resultado sigue siendo su propia acción y además no es de ningún modo un producto de la causalidad ciega, ya que también quien se ha embriagado pudo decidir en contra de la realización del plan concebido cuando estaba sobrio, no sólo pasar por alto el especial "principio de responsabilidad" que está detrás de la autoría mediata y fundamenta una atribución del actuar culpable, conforme a criterios normativos.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado en las tesis jurisprudenciales I. 2o.P. J/9, Novena Época, Tomo V, Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1990, y Octava Época, Tomo: XI, Marzo de 1993, publicadas en el Semanario Judicial de la Federación, visible en la página 659 y 279, respectivamente cada una, bajo los siguiente rubros y textos:

"**ACCIÓN LIBRE EN SU CAUSA. SU REGULACIÓN Y ALCANCE EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO**. Lo que la doctrina ha definido como «*actio liberae in causa*» consiste en la causación de un hecho típico que ejecuta el agente activo bajo el influjo de un trastorno mental transitorio (estado de inimputabilidad) cuyo origen es un comportamiento precedente dominado por una voluntad consciente y espontáneamente manifestada, que nuestro orden jurídico positivo recoge en el artículo 15, fracción II,[530] del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, al señalar que «son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: padecer el inculpado al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente»; por tanto es de colegirse que la comisión del injusto por parte de su autor tratando de quedar comprendido en aquel aspecto negativo de la culpabilidad, no lo releva, exime o atenúa de su responsabilidad, si éste previamente se ha procurado intencional o imprudencialmente el estado bajo el cual realiza el hecho típico".

"**EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD. ACCIÓN LIBRE EN SU CAUSA. REQUISITOS PARA SU INTEGRACIÓN**. El artículo 15, fracción II, del Código Penal Federal, al señalar que «son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente», recoge lo que la doctrina ha definido como «acción libre en su causa», consistente en la causación de un hecho típico que ejecuta el agente activo bajo el influjo de un trastorno mental transitorio (estado de inimputabilidad), cuyo origen es un comportamiento precedente dominado por una voluntad

[530] La fracción corresponde al contenido del artículo 15 del Código Penal Federal, antes de su última reforma, hoy día, se prevé la acción libre en su causa, en la fracción VII del citado ordenamiento legal.

consciente y espontáneamente manifestado; excluyente de responsabilidad que para poder ser operante requiere de la demostración de un trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que impida comprender el hecho ilícito, que sea concomitante a la época de comisión del injusto y que además no haya sido procurado intencional o imprudencialmente".

Esta discusión tiene su importancia. En efecto, si tuvieran razón los que defienden que el recurso a la estructura de la *actio liberae in causa* implica ya de por sí una determinada solución, bastaría averiguar su significado.

Ejemplo: "A" se embriaga para obtener el valor suficiente y poder llevar a cabo su plan de lesionar a "B". Todo sucede como él esperaba. La acción a imputar es la de lesionar, única realizada en el momento de estar ausente la libertad.

Por el contrario, si el sujeto se coloca en una situación en la que se encuentra en la necesidad de actuar justificadamente, no es un caso de la *actio liberae in causa*, puesto que está presente la libertad de su actuar.

La *actio liberae in causa* tiene su fundamento (considera DAZA GÓMEZ),[531] en que el sujeto activo, con anterioridad a la ejecución del hecho típico y antijurídico decide con plenitud de facultades la realización del ilícito, no resulta fundado argumentar, que al momento de la ejecución se encontraba en estado de inimputabilidad, pues, esto fue resuelto de una voluntad libre, por ello, afirma DAZA GÓMEZ que la culpabilidad por el hecho, que actualmente contiene nuestra legislación penal, facilita que al momento del juicio de reproche se tomen en cuenta no sólo las circunstancias del sujeto activo sino las circunstancias anteriores, si le eran o no reprochables.

Mientras que la eximente se excluía en los casos en que la embriaguez se produjera —con el propósito de cometer el delito o se hubiese previsto o podido prever su comisión—, la atenuación sólo se desplazaba en los supuestos de —preordenación al hecho.

Esta última locución, menos restrictiva que la empleada en la eximente, daba pie a mantener la tesis de la estimación de la atenuante (aunque no de la eximente) en los supuestos en que hubiera mediado previsión o posibilidad de prever la comisión del delito en estado de embriaguez, siempre que la intoxicación no fuera dirigida a la realización del delito concreto, aunque gran parte de la doctrina se manifiesta contraria a tal interpretación.

[531] *Cfr.* Teoría general del delito..., p. 248.

Esta cuestión ha sido poco debatida en la doctrina, la cual ha partido, sin más, de la necesidad de un castigo para los autores de una *actio liberae in causa*. Desde esta perspectiva, se constata simplemente la exigencia de imponer una pena a los autores de la provocación de su incapacidad, sin dar mayores explicaciones. Sin embargo, no hay que olvidar que históricamente se discutió no ya sobre la necesidad de castigar, sino sobre la misma posibilidad de someter a pena a los autores de la provocación. Se entendió que era una figura producto de la fantasía jurídica, la cual no tenía en la vida real ningún objeto de referencia que cuando alguien se privaba de su imputabilidad para en este estado cometer un hecho y luego lo cometía, había sólo dos posibilidades: o bien el sujeto durante la ejecución del hecho no era incapaz de imputabilidad y se le podía imputar el hecho, o bien era inimputable y entonces faltaba la posibilidad de realizar lo planeado y consecuentemente faltaban los requisitos necesarios para la imputación. Actualmente, salvo raras excepciones, la doctrina mayoritaria entiende que hay que castigar al autor de una *actio liberae in causa*. Además, se defiende que su castigo es compatible con la legislación penal actual. También la jurisprudencia, parece opinar que estas situaciones deben y pueden ser castigadas.[532]

En suma, de los tres factores que pueden afectar a la imputabilidad como consecuencia del consumo de drogas (la influencia inmediata de la ingestión, inhalación o aplicación de la sustancia, esto es, la intoxicación aguda; el síndrome de abstinencia; la situación de farmacodependencia en sí misma), el artículo 15, fracción VII, se refiere propiamente a los dos primeros, pero no regula directamente los supuestos de farmacodependencia. Además, el contenido de la segunda parte de la fracción VII responde evidentemente al supuesto de la embriaguez, al que se unen los casos de intoxicación provocadas por el consumo de otras sustancias que producen efectos análogos, con una redacción que se corresponde con las exigencias doctrinales, en relación con la embriaguez.[533] Sustenta este criterio la tesis siguiente:

[532] JOSHI JUBERT, Ujala, "La doctrina de la "*actio libera in causa*" en Derecho penal (ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto), Barcelona, España, Bosch, 1992, p. 276.

[533] En el mismo sentido DAZA GÓMEZ, Carlos, Teoría general del delito..., p. 240; MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal, Parte General..., p. 243; SANDOVAL D. Emilio, Circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal en el Derecho Penal mexicano, p. 256.

"DOLO, CUANDO EL ACTIVO DICE ESTAR BAJO EFECTOS DE ENERVANTE. La circunstancia de que el agente activo del delito haya fumado marihuana antes del hecho delictuoso, sin que exista dato alguno que constate que los efectos de la droga se prolongaron hasta el momento mismo en que se cometió el homicidio; no constituye la inexistencia de dolo". Octava Época. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEGUNDO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: VI, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1990, Página: 149.

3. *Conocimiento de la antijuridicidad*

Si la antijuridicidad, como elemento del concepto jurídico de delito, es preponderantemente "objetiva", no parece coherente que su conocimiento tuviese que pertenecer a la responsabilidad. No obstante, esta idea puede ser rebatida con las bases de posiciones diferentes sobre el sentido de la antijuridicidad.[534] Además, si recordamos lo que en su momento se expuso sobre el contenido del dolo, en especial, sobre los elementos valorativos o normativos del tipo, comprenderemos con facilidad que en ocasiones la realización del tipo en lo objetivo y en lo subjetivo (dolo y elementos subjetivos de lo injusto) entraña ya un adelanto del conocimiento de la antijuridicidad. Pero, aún así, y eso también se advirtió, quedará todavía la necesidad de que el autor supiera que no le amparaba una causa de justificación, extremo que también pertenece al ámbito del conocimiento de la antijuridicidad y, por lo mismo, al error de prohibición. Incluso un sector de la doctrina sostiene que el conocimiento de la antijuridicidad es parte del dolo (dolus malus),[535] sin embargo, ello presenta dos objeciones:

[534] Así, los que vean en las normas jurídicas mandatos dirigidos a la conciencia de los súbditos, tesis en el fondo imperativista, podrían llegar a sostener que quien ignora el mandato no puede dirigir su voluntad contra él; y siendo base de lo injusto la expresión de la voluntad contraria a la norma, parece entonces fácil colocar en el ámbito de la antijuridicidad su propio conocimiento, consecuencia de la exasperación subjetivista experimentada por la concepción del injusto.

[535] Con independencia de que se sostenga que el conocimiento de la antijuridicidad es necesario para la existencia del dolo (teoría del *dolus malus*) o para la afirmación de la culpabilidad, es en todo caso evidente que el Derecho Positivo toma el conocimiento de lo justo y lo injusto como uno de sus presupuestos aplicativos esenciales. Luego el penalista dirá que eso es así, porque la norma aspira a motivar la conducta de los ciudadanos en una dirección positiva, o bien que se presenta ante ellos como expresión de los valores y reglas mínimas de convivencia que se ofrecen a quien también se le ofrece disfrutar del resto del sistema constitucional y jurídico general, o que muestran objetivamente lo que debe ser esencial en un pacto natural de convivencia.

1. El dolo o la culpa nada tiene que ver con el injusto, si se adopta la tesis del dolus malus.
2. La conciencia de la falta de causas de licitud queda fuera del ámbito de la conciencia de la antijuridicidad.

Sin embargo, únicamente partiremos de la idea de que el conocimiento de la antijuridicidad pertenece sistemáticamente al ámbito de lo que, por la doctrina dominante, se denomina "culpabilidad".[536]

1. Error de prohibición. La regulación actual del error de prohibición se encuentra en el artículo 15, fracción VIII, en su inciso b), del Código Penal Federal que a la letra expresa:

"b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o por que crea que está justificada su conducta."

Como se sabe, nuestra regulación tiene rasgos muy especiales que la distinguen de los demás códigos modernos donde se adopta la teoría de la culpabilidad para solucionar los problemas del error de prohibición.[537] Se basa en una variante de la teoría de la culpabilidad pura en la que la atenuación hará los casos de error de prohibición vencible como obligatoria. Siendo este criterio preferible desde el punto de vista político-criminal, por lo que en caso de que la atenuante para el error de prohibición vencible fuera meramente facultativa nos encontraríamos con el peligro de que los jueces o magistrados volvieran a aplicar solapadamente la teoría del *error iuris nocet*, sin tomar en consideración la atenuante.

En cambio, desde el punto de vista dogmático, en los supuestos de error de prohibición, aunque fuera muy fácilmente vencible, el sujeto creía que su conducta era lícita, conforme a Derecho y estaba por ello disminuida su capacidad de obrar de otro modo, conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico.[538] La culpabilidad es siem-

[536] En el mismo sentido FIGUEROA VELÁZQUES, Rogelio M. El delito de lavado de dinero en el Derecho Penal mexicano..., pp. 378 y 383.

[537] En sentido similar consúltese a GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, Derecho Penal mexicano..., p. 415.

[538] Ahora bien, al hablar del aspecto subjetivo de la justificación nos referimos a dos cuestiones distintas, aunque estrechamente relacionadas. La del error sobre la justificación: el sujeto activo de la conducta entiende que ésta aparece amparada por una causa de justificación realmente inexistente, o que en ningún modo capta aquella acción, o bien yerra sobre la presencia de los presupuestos objetivos a los que el legislador vincula el correspondiente efecto justificante.

pre menor por lo que la atenuación debe ser obligatoria. La atenuación obligatoria es más ajustada al principio de culpabilidad.[539]

El error sobre la desaprobación jurídico-penal del hecho, esto es, habrá un error sobre la punibilidad cuando el autor haya supuesto erróneamente la no punibilidad del hecho realizado. Esta situación se dará:

a) Cuando el autor carezca totalmente del conocimiento de la punibilidad, es decir, de la desaprobación jurídico-penal del hecho;
b) Cuando haya supuesto alguna causa de justificación, de inculpabilidad o una excusa absolutoria que en realidad el ordenamiento jurídico no contiene; y,
c) Cuando haya supuesto la concurrencia de circunstancias que de haber concurrido hubiera determinado la exclusión de la punibilidad (sean circunstancias de una causa de justificación, de una causa de inculpabilidad o de una excusa absolutoria).[540]

---

[539] Según el cual no hay pena sin culpabilidad y la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad.

[540] De manera ilustrativa véanse las siguientes tesis jurisprudenciales:

Registro: 187,799 de la tesis Jurisprudencial P./J. 11/2002, Novena Época, Tomo: XV, Febrero de 2002, Instancia: Pleno, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, página 592:

"**EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. SUS DIFERENCIAS.** Las excusas absolutorias son causas que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impiden la aplicación de la pena, es decir, son aquellas en las que aun cuando se configure el delito, no permiten que se sancione al sujeto activo en casos específicos; en tanto que las excluyentes de responsabilidad se caracterizan por impedir que ésta surja. En otras palabras, en las citadas excluyentes la conducta tipificada en la ley no es incriminable desde el inicio; mientras que en las excusas absolutorias la conducta es incriminable, pero no sancionable, consecuentemente no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunibilidad.

Regto: 187,885, Jurisprudencia Materia(s): Constitucional Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XV, febrero de 2002. Página: 416. Tesis: P./J. 10/2002.

"**ABORTO. LA HIPÓTESIS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CONSTITUYE UNA EXCUSA ABSOLUTORIA.** La hipótesis contenida en el citado numeral relativa a que cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo su sobrevivencia, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada, constituye una excusa absolutoria, pues se trata de una causa que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impide la aplicación de la pena, es decir, aun cuando se configura el delito de aborto, no es posible aplicar la sanción."

El *error invencible* sobre la punibilidad excluye la culpabilidad. Según la llamada teoría del dolo, el error invencible hace desaparecer el conocimiento de la antijuridicidad, que se señala como elemento esencial del dolo su concurrencia, pues, produce la impunidad por ausencia tanto del dolo como de la culpa. Para la llamada teoría de la culpabilidad, el error de prohibición invencible conduce a la impunidad, porque, siendo el conocimiento de la antijuridicidad uno de los pilares en que se basa el juicio de reproche, éste no puede formularse, por lo que desaparece totalmente la culpabilidad, sin cuya afirmación no puede imponerse la pena. Así pues, la conclusión es prácticamente la misma, pero no el razonamiento previo.

El *error vencible* sobre la punibilidad no excluye la culpabilidad, pero puede atenuarla en la medida de su evitabilidad. En el sistema causalista por ejemplo, el error de derecho, que supone una falta de diligencia en el sujeto que no quiso informarse adecuadamente, determina la desaparición del dolo y la subsistencia de la culpa, que será la forma bajo la que se castigará el hecho. En cambio, en el finalismo, el error de prohibición produce, cuando es vencible, una reducción del reproche en que se plasma el juicio de culpabilidad, puesto que el carácter doloso del hecho no depende de que el autor conociera o no la antijuridicidad, y esa reducción del reproche se traduce en una reducción de la pena.

En el *error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación*, el autor sabe que actúa típicamente, pero cree estar legitimado para hacerlo. Esta especie de error puede subdividirse en dos formas:

Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores Ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos, exigida por el último párrafo, de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria, de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis no hubo discrepancia entre los once señores Ministros. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 10/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

a) Error sobre los fundamentos fácticos de una causa de justificación; por ejemplo, quien va a sufrir una agresión erróneamente y, en su virtud, lesionar a otro en defensa legítima, derecho que entonces se entendería concurrente.
b) Error sobre la existencia misma de la causa de justificación, por ejemplo, creer que el consentimiento de la víctima justifica siempre.

En consecuencia, la evitabilidad del error sobre la desaprobación jurídico-penal, como queda dicho, el efecto excluyente de la culpabilidad del error sobre la punibilidad está condicionado por la inevitabililidad del error. El autor, que podía evitar el error, en consecuencia, reúne la primera condición para comportarse de acuerdo a derecho, para cumplir con su deber jurídico-penal. Por ello, la sola capacidad del autor de conocer la desaprobación jurídico-penal expresada en la punibilidad, no alcanza para determinar el carácter evitable del error. Además, de esa capacidad del autor es preciso que éste haya tenido la posibilidad concreta de ejercerla.

Sin embargo, y al prescindir de la discusión teórica, aquí el problema es de índole técnica, pues la reducción de la pena no hay manera de precisarla, siendo necesario remitirla al arbitrio judicial.[541]

La regulación de los efectos del error en el artículo 15, fracción VIII, del Código Penal Federal, con independencia de su mayor o menor precisión técnica, responde a fundamentadas necesidades de técnicas político-criminales.[542] Lo cierto es que, en este aspecto, el artículo 15, fracción VIII, proporciona una regulación de los efectos del error que satisface el principio de legalidad y la seguridad jurídica, sin limitar la libre circulación doctrinal y la creación o especulación dogmática, pues no impone, a nuestro juicio, una doctrina del error sobre otras.

[541] Constituye uno de los avances fundamentales del Derecho Penal contemporáneo el reconocimiento, en el Derecho positivo de los diferentes países, de la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho está legalmente permitido (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición), la doctrina penal entiende que no puede ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible.

[542] Lo que no obsta para que, desde sectores doctrinales claramente alineados en torno a la teoría del dolo o, por el contrario a la teoría de la culpabilidad en materia de error, se postulen reformas tendentes a que el precepto refleje en mayor medida la respectiva concepción teórica que se sustenta.

El principal mérito de la teoría de la culpabilidad frente a la teoría del dolo consiste en palabras de MUÑOZ CONDE "en haber dado una salida a algo que parecía férreamente anclado en la conciencia de los juristas. Al trasladar el problema del conocimiento de la antijuridicidad y por consiguiente del error sobre la misma al ámbito de la culpabilidad, se dejaban intactas la tipicidad y la antijuridicidad del acto realizado y con ellas la vigencia objetiva de las normas jurídico-penales. Al conceder relevancia al error de prohibición, al desconocimiento de la antijuridicidad, el moderno Estado democrático de Derecho se encuentra dispuesto a negociar con el ciudadano los ámbitos de relevancia de sus prejuicios y hasta su propia concepción del Derecho y a tener en cuenta ésta hasta el punto de eximir, o por lo menos de atenuar su responsabilidad por la infracción realizada, pero sin que ello suponga tener que modificar en nada la vigencia objetiva de las normas jurídicas".[543]

4. *La no exigibilidad de otra conducta*

En cuanto a la exigibilidad y su significado se dice en esencia lo siguiente: que al responsable se puede exigir que hiciera una cosa diferente, porque eso es lo que hubiera hecho en aquella situación cualquier *hombre "normal" o "medio"*.[544] Esa es sin duda una referencia comparativa de carácter objetivista y generalizador, pues se apoya en un paralelismo que es en todo ajeno a la persona concreta que se juzga, y ello a pesar de que el juicio de culpabilidad pretende ser un juicio personal sobre la relación entre el autor y el hecho.

Ciertamente, los fundadores de la concepción normativa de la culpabilidad tenían razón cuando demostraron que al Derecho no le bastaba sólo el dolo y la culpa para imponer un castigo. A través del ejemplo del estado de necesidad se formuló la idea de la exigibilidad, ya que la ejecución "dolosa" del hecho no negaba que el Derecho fuera incapaz de esperar otra cosa del sujeto. Pero el Derecho también en esos casos maneja categorías generales puesto que en realidad no se valora lo que a aquel sujeto se le podía exigir, pues el modo de valorar que se emplea (cualquier hombre en su lugar), por ser generalizador, es impersonal. A la pregunta de por qué el Derecho renuncia a imponer castigos en esas situaciones se puede contestar de dos modos: el usual en la concepción normativa de la culpabilidad,

[543] Véase MUÑOZ CONDE, Francisco, El error en Derecho Penal, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1989, pp. 138 y s.

[544] En sentido similar ROMÁN QUIROZ, Verónica, La culpabilidad y la complejidad de su comprobación..., p. 284.

que es el de acudir a la idea de exigibilidad de conducta y su ausencia en estos casos; o bien, atender que ante todo se trata de una decisión político-criminal, que en el fondo tiene razón de ser en el convencimiento de la inutilidad social de imponer una pena que nadie desea y para nada sirve, y por ello el principio de intervención mínima desaconsejaría su aplicación.[545]

El artículo 15, fracción IX, del Código Penal Federal contempla la no exigibilidad de otra conducta:

> "Ante las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a Derecho".

MALO CAMACHO[546] refiere que la inexigibilidad de una conducta como inculpabilidad, más que ser una causa específica de inculpabilidad, como frecuentemente se le reconoce, en realidad es el común denominador, y la esencia mínima de todas las causas de inculpabilidad ya que toda causa de inculpabilidad, a fin de cuentas, obedece a que en el caso concreto no es posible exigir al autor actuar de manera distinta a la forma en que lo hizo, es decir, no se le puede exigir que hubiera actuado conforme a derecho, sea porque el autor no tenía capacidad de autodeterminación para conducirse conforme a sentido y significación (inimputabilidad); o bien, porque aún teniendo tal capacidad, por las circunstancias en que se presenta el caso, no puede exigírsele a la persona la comprensión de la antijuridicidad de su acto (inexigibilidad de la comprensión del injusto); o bien, porque aún existiendo tal comprensión de la antijuridicidad de su acto, en el caso, no puede exigírsele la adecuación de su conducta a lo ordenado por la ley (no exigibilidad de otra conducta).

Ciertamente, al tomarse en cuenta la exposición anterior, no hay inconveniente en mantener y usar el concepto de no exigibilidad de otra conducta como designación apta para un grupo de situaciones o casos en los que, dados unos requisitos, se prescinde de la aplicación de la pena. Por otra parte, al igual que ocurre con la imputabilidad, la práctica penal, como fácilmente se puede comprobar, no verifica positivamente el juicio de exigibilidad (aun cuando eso sería lo obligado, si se cree realmente en un Derecho Penal de culpabili-

[545] Véase QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Manual de Derecho Penal, Parte General..., pp. 412 y 413.

[546] Véase Derecho Penal mexicano..., pp. 568 y 569.

dad), únicamente se toma en consideración los supuestos legales en los que no se aplica la pena en razón a que, según explica la doctrina, no hay exigibilidad.

1. El llamado estado de necesidad inculpante. No se contiene, como causa de inculpabilidad, en el artículo 15 del Código Penal Federal, ninguna referencia explícita a lo que podríamos llamar las exigencias conceptuales del estado de necesidad.

Pues bien, creemos poder decir que existe cierto consenso en entender que el estado de necesidad implica la existencia de un conflicto objetivo e ineluctable entre dos bienes, en circunstancias tales que la salvaguarda de uno de ellos requiere la lesión o la puesta en peligro del otro.[547]

Las discrepancias comienzan al tratarse de fijar el contenido y alcance de aquellos requisitos a los que no todos atribuyen el mismo significado; de ahí que lo que, para unos, son presupuestos de la existencia misma del estado de necesidad, sean, para otros, presupuestos que se limitan a condicionar la exculpación de la conducta emprendida para salvaguardar uno de los dos intereses en conflicto.

De la definición ofrecida se deduce, en primer lugar, que el estado de necesidad se caracteriza por la existencia de una situación de peligro para un bien jurídico. Lo primero que se debate aquí es la naturaleza del juicio en base al cual afirmar la existencia o inexistencia del peligro.

Por lo que es fácil colegir que el estado de necesidad no consiste sencillamente en una situación de peligro, sino que es preciso además que aquel conflicto objetivo entre bienes sea inevitable, es decir, el estado de necesidad supone la imposibilidad de evitar los dos males, pues si así fuera, es claro que la necesidad desaparece. Constituye, por tanto, requisito conceptual del estado de necesidad que el conflicto se produzca en circunstancias tales que permitan afirmar que la salvación del bien en peligro depende del sacrificio de otro bien jurídico, ya sea éste de un tercero, ya pertenezca al mismo sujeto en cuyo interés se actúa.

El principio de exigibilidad interviene tanto en el injusto como en la culpabilidad. En los casos de estado de necesidad entre bienes iguales, el desvalor de la acción (esfera del injusto) resulta disminui-

[547] *Cfr.* entre otros DAZA GÓMEZ, Carlos, Teoría general del delito..., p. 270; MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal Mexicano..., p. 569; ROMÁN QUIROZ, Verónica, La culpabilidad y la complejidad de su comprobación..., pp. 216-218.

do por el fin de autoconservación. El acto de autoconservación, aunque no resulte aprobado, sí disminuye lo injusto de la acción, por perseguir un fin que, en sí mismo, no es digno de reprobación, sino que es "comprensible". El grado de atenuación de lo injusto dependerá de forma decisiva de la diferencia de valor entre el bien jurídico salvado y el que se ha sacrificado para esa salvación.

2. Miedo insuperable. El miedo insuperable se ha considerado tradicionalmente como un supuesto de exclusión de la culpabilidad, basándose en la no exigibilidad de otra conducta. Nos encontramos ante un supuesto en el que el sujeto no se puede motivar con normalidad, porque padece miedo.

No cualquier situación de temor o miedo habilita la apreciación de esta eximente. El miedo debe ser insuperable, es decir, que no deje ninguna otra posibilidad de actuar. El criterio que prevalece para decidir si un supuesto de miedo es insuperable se basa en lo que pueda resistir un hombre medio en esas circunstancias. No se apreciará miedo insuperable si se trata de una situación perfectamente asumible por un ciudadano medio, pero en la que el sujeto, por su carácter especialmente pusilánime o cobarde, prefiere cometer el delito a tolerar las circunstancias que padece.

II. La determinación de la pena

El legislador, al tipificar las conductas que se consideran ilícitas, también determina la sanción que corresponderá a quienes adecúen su conducta a la descripción típica.

Asimismo, se establece un margen de punibilidad, limitado con parámetros de mínimo y máximo, que concede al juzgador de un arbitrio (judicial) para determinar el punto preciso de la sanción que corresponde al autor de un delito, ya que no establece, para efectos de fijar la condena, una equidistancia entre la pena media y máxima o entre mínima y media; menos aún, puntos intermedios entre éstos, por lo que es preciso individualizar la pena conforme a las exigencias de cada caso y, en estricta observancia a las garantías de legalidad y estricta aplicación de la ley conforme a los artículos 14 y 16 constitucionales.[548]

[548] De conformidad con el artículo 21 de la Constitución Federal, la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. En tanto que la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público.

La pena es la consecuencia del delito, la justicia exige el castigo; para Kant: "es necesario ante todo que este castigo, como tal, es decir, como un mal sea justo por sí mismo, esto es, es necesario que aquél a quien se castigue pueda confesar, aún cuando no espere ninguna gracia que lo ha merecido y que su suerte está perfectamente conforme con su conducta. La justicia es, pues, la primera condición de todo castigo como tal, y la esencia misma de este concepto. La bondad puede indudablemente unirse a él, pero aquel que por su conducta merece ser castigado, no tiene el menor derecho a contar con ella" (Crítica de la razón práctica, Trad. A. García Morente, ed. Nacional México, 1955, pp. 178-179).

Así, la retribución en la ley del talión, efectiva o simbólica, es perfecta; si el delito afecta la integridad biológica, social, moral o patrimonial de quien lo soporta (ofendido o víctima, cuyo "rol" criminogéno sólo recientemente ha sido destacado) es natural que la pena se vuelque sobre esas mismas integridades en cuanto las posee el delincuente: la biológica, con la pena capital o las sanciones que operan sobre el cuerpo; la social, con la prisión o el destierro; la moral, al través de la infamia o del "estigma"; la patrimonial, por el conducto de la multa, la confiscación o el decomiso.

Indudablemente, el fin último de la pena es la salvaguarda de la sociedad. Para conseguirlo, debe ser intimidatoria, es decir, evitar la delincuencia por el temor de su aplicación; ejemplar, al servir de ejemplo a los demás y no sólo al delincuente, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal; correctiva, al producir en el penado la readaptación a la vida normal mediante los tratamientos curativos y educacionales adecuados, impidiendo así la reincidencia, eliminatoria, ya sea temporal o definitivamente, según el condenado pueda readaptarse a la vida social o se trate de sujetos incorregibles; y, justa, pues la pena injusta, acarrearía males mayores, no sólo con relación a quien la sufre directamente, sino para todos los miembros de la colectividad al esperar que el Derecho realice elevados valores: justicia, seguridad y bienestar social.

Villalobos, Derecho Penal mexicano, México, ed. Porrúa 1960, pp. 508 y ss., señala como caracteres de la pena: aflictiva, legal, cierta, pública, educativa, humana, equivalente, suficiente, remisible, reparable, personal, variedad y elástica.

Conforme al artículo 18 constitucional, la pena busca la readaptación social del delincuente, a través de tres medios. El trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.

En este tenor, la individualización de la pena es la precisión que en cada caso concreto se hace para determinar la cantidad y calidad de los bienes jurídicos de que es necesario y posible privar al autor de un delito, para procurar su readaptación social, en atención a lo dispuesto por el artículo 18 constitucional.

1. *Concepto, sistema y fases de la individualización de la pena*

Previo al estudio de la "individualización de la pena", preciso es distinguir este concepto con el de "determinación legal de la pena". En el primer caso, el juez, asume la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto, dentro del marco ofrecido por el legislador. En el segundo caso, el legislador determina en abstracto las penas correspondientes a los delitos, las cuales fijan unas penas máximas y otras mínimas para cada ilícito, conforme a la gravedad del mismo. De este modo se pone a disposición del juez un espacio

de juego, o marco penal. A este aspecto, pertenece también la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En el Derecho mexicano la individualización judicial de la pena implica una delimitación de tipo cuantitativo, pero también de carácter cualitativo, como en los supuestos de penas alternativas, o en los casos en que cabe la aplicación de sustitutivos penales.[549]

Sistematizar la teoría del delito del modo que se ha expuesto no significa una renuncia a las categorías delictivas tradicionales, sino sólo una estructuración distinta de las mismas. Por eso, es en principio certera la afirmación de WELZEL:[550] "En la división del delito en los tres elementos tipo, antijuridicidad y culpabilidad es donde veo yo el progreso dogmático más importante de las últimas dos a tres generaciones". Un sistema teleológico-político-criminal tampoco es más que un ulterior desarrollo de la síntesis neoclásica-finalista y no desvincula del contexto de la tradición histórica dogmática.

Siguiendo con la postura de WELZEL, ROXIN[551] por su parte manifiesta que: "un método así es mucho más cercano a la vida, más ajustado al caso y más flexible que el de un sistema fijamente empeñado en la definición. Además, una ventaja esencial frente al sistema 'cerrado' postulado por VON LISZT radica en el hecho de que el punto de partida teleológico está abierto a nuevos supuestos de hecho de la vida, por eso, en él no puede ocurrir que un supuesto de hecho de la vida que hasta el momento no se había tenido en cuenta no encaja en el sistema y resulta jurídicamente irresoluble, sino que

[549] Sobre el particular, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, Prevención general e individualización judicial de la pena, Salamanca, España, 1999, pp. 43 y 44, considera fundamental, no confundir estos dos conceptos, y tampoco las esferas que abarcan: por un lado tenemos la determinación legal de la pena, <<como proceso de concreción de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar a un sujeto criminalmente responsable por la comisión de una infracción penal>>, en el que se fija la pena abstracta que se considera suficiente para impedir potenciales hechos delictivos atendiendo a criterios de proporcionalidad (<<marco penal abstracto>>), y se decide la clase y cantidad de pena todavía en abstracto que hay que imponer a un hecho (<<marco penal concreto>>), lo cual se verifica << mediante la comprobación de tres órdenes de factores: el grado de ejecución del delito, el título por el que el sujeto interviene en el mismo y, por último la concurrencia de circunstancias de la responsabilidad criminal en el supuesto>> y, por otro lado, tenemos la individualización judicial de la pena, fase en la que <<compete al juez, para cada caso concreto, determinar la pena aplicable y su duración, en función de todos los elementos y factores reales conjugables del hecho y del autor>>.

[550] Citado por ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General..., p. 227.

[551] ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, p. 230.

incluso una nueva manifestación real podrá ser conducida bajo el aspecto axiológico jurídicamente decisivo a una solución cortada a su medida. Por consiguiente estamos aquí ante un sistema abierto, que evita tanto las unilateralidades del sistema conceptual de viejo cuño, como las de la tópica desligada del sistema, y constituye una síntesis de las ventajas de ambos."[552]

Si se pretende hacer dogmática sobre la ley positiva mexicana, como lo refiere PAVÓN VASCONCELOS, debe tenerse siempre presente el concepto vertido por el artículo 7 del Código Penal Federal, al definir el delito como el "acto u omisión que sancionan las leyes penales". Cierto es lo innecesario de una definición del delito en la ley, pues tales definiciones por lo común resultan síntesis incompletas. Por este motivo algunos anteproyectos y códigos elaborados recientemente en nuestro país, han suprimido su definición sin que, su eliminación ocasione alteraciones substanciales de sistema.[553]

Expuestos los elementos para establecer la prohibición de la conducta desplegada por el sujeto que comete un ilícito previsto por la norma, pasaremos al estudio de la "determinación de la pena". Respecto a la punibilidad como elemento del delito, AMUCHATEGUI REQUENA refiere las posturas que versan sobre la eximente; así, para unos es un auténtico elemento del delito, mientras que para otros es sólo una consecuencia del delito.[554] Recuérdese que el artículo 7º del Código Penal Federal enuncia:

"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Independientemente de la postura que se adopte, se incluye su análisis como elemento, a fin de conocerlo y manejarlo correctamente. Por lo que respecta a la autora, sostiene que la punibilidad no es un elemento del delito (conducta típica y antijurídica), sino como consecuencia legal del mismo.[555]

[552] *Idem.*

[553] PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Derecho Penal mexicano..., pp. 489 y s., citando a modo de ejemplo el redactado en el año de 1949 por Luis Garrido, Raúl Carranca y Trujillo, Celestino Porte Petit, Francisco Argüelles y Gilberto Suárez Arvizu, que tantos elogios ha merecido de la crítica nacional y extranjera, así como el elaborado en 1958 por la Comisión de Estudios Penales de la Procuraduría General de la República, integrada por Celestino Porte Petit, Francisco Pavón Vasconcelos, Ricardo Franco Guzmán y Manuel del Río Govea.

[554] Esta consideración es acogida por la mayoría de la doctrina mexicana, entre otros CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho penal..., pp. 268-270; VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal mexicano..., p. 203.

[555] AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G., Derecho Penal..., p. 95.

La individualización judicial corresponde a la función jurisdiccional, en el momento de dictar la sentencia, acto que precisamente implica resolver la situación en controversia sometida a su consideración y determinar la verdad jurídica; y, como consecuencia, imponer la pena correspondiente, como resultado final del procedimiento de verificación que implica el proceso penal, en donde asimismo se resume el por qué y para qué de la pena.[556] Por lo que respecta a la individualización de la pena es la fijación por el juez de las consecuencias jurídicas de un delito, según la clase, gravedad y forma de ejecución de aquellas, al escoger entre pluralidad de posibilidades previstas legalmente. La individualización penal no comprende únicamente, como el nombre parece indicar, la fijación misma de la pena, sino también la suspensión condicional de la pena, con las tareas y reglas de conducta, la advertencia con reserva de pena, la renuncia a la pena, la exención de pena, la imposición de medidas de seguridad y aseguramiento, y el pronunciamiento de la pérdida de la ganancia y del decomiso, así como la imposición de consecuencias accesorias. Sólo de manera excepcional, como dice JESCHECK,[557] prescribe la propia ley una pena absolutamente individualizada.

El establecimiento de la pena concreta que se impone al responsable de un hecho delictivo, es una de las cuestiones centrales del Derecho Penal, pues en el mismo, necesariamente quedan reflejados los objetivos que se pretenden con el sistema penal. Además, en la importancia de cada una de las fases por las que transcurre la determinación de la pena y en los condicionantes de cada una de ellas, se exteriorizan las bases constitucionales del propio modelo de Estado. Como pone de manifiesto MALO CAMACHO,[558] el Estado Mexicano, en la medida en que éste se define como democráticamente liberal, esto

[556] En este Sentido MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal mexicano..., p. 652.

[557] JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal..., pp. 785 y s.

[558] En este sentido MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal mexicano..., p. 658, en este orden de ideas, si las características del Estado mexicano lo definen como democrático liberal, desde el nivel mismo de la ley, no solo el contenido preceptivo de las normas, sino también el contenido de la retribución, propia de la coercibilidad, tiene que ser manifestado con las características de respeto a la dignidad de la persona y de fortalecimiento de lo necesario para su adecuada incorporación social, sobre la base del reconocimiento y afirmación de su capacidad y libertad para ser y llegar a ser, sin que esto signifique perder de vista que la sanción no es premio, sino precisamente la respuesta de aflicción coercible frente a la conducta delincuencial, de quien tiene una responsabilidad no sólo ético individual social, es decir, que como miembro de la sociedad debe cumplir y respetar los valores y límites que la propia voluntad social exigen para la convivencia.

significa el interés en la protección a los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad, como base de la seguridad jurídica, así como el interés en el establecimiento de bases firmes para el equilibrio y la paz social, como fundamento de la convivencia y, como consecuencia, solo en función de esto es dable su potestad soberana de imponer sanciones, como fórmula para dar fuerza vinculante al valor de sus normas jurídicas. Por esto, también, frente al criterio preventivo general, en que la pena tiene un contenido medular de retribución, en cuanto se refiere al agente, el contenido de tal retribución tiene que estar dado precisamente con las características de definición jurídica política del Estado que se señalan.

Los límites y el contenido de los fines preventivos deben partir inevitablemente de los principios básicos que configuran el orden político y constitucional. Y para ello, debe acudirse en primer lugar a los valores superiores del ordenamiento jurídico que se proclaman en los artículos 18 y 22 constitucionales: la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político; pero también el artículo 16 constitucional, en el que se establecen la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y los derechos de los demás, nada menos que como fundamento del orden político y la paz social.[559]

[559] (REFORMADO PRIMER PÁRRAFO, D.O. 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993)
"Art. 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

(REFORMADO, D.O. 8 DE MARZO DE 1999)
No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

(ADICIONADO, D.O. 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993)
La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

(ADICIONADO, D.O. 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993)
En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

(ADICIONADO, D.O. 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993)
Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

Por otro lado, la cantidad de la pena que se imponga materialmente, exterioriza el concreto desvalor que desmerece una acción

---

(ADICIONADO, D.O. 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993)
En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.
(ADICIONADO, D.O. 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993)
Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.
En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.
(ADICIONADO, D.O. 3 DE JULIO DE 1996)
Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacía de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.
(ADICIONADO, D.O. 3 DE JULIO DE 1996)
Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.
La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones (sic) fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescriptas (sic) para los cateos.
(ADICIONADO, D.O. 3 DE FEBRERO DE 1983)
La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.
(ADICIONADO, D.O. 3 DE FEBRERO DE 1983)
En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente."

realizada por una determinada persona. Es decir, el contenido material de los diferentes elementos del delito tiene su última concreción en la cantidad de pena impuesta, para que el juez esté en plenas facultades de librar una orden de aprehensión que el Ministerio Público de la Federación solicita, esto sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con la tesis 1a./J. 18/98, Tomo: VII, Abril de 1998, visible en la Novena Época, Página: 155, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, bajo la rúbrica:

> **"ORDEN DE APREHENSIÓN. DEBEN PRECISARSE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES O ATENUANTES DEL DELITO, DE ACUERDO CON LA REFORMA AL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, DE FECHA TRES DE SEPTIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES**. El segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución General de la República, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, estatuye que: «No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querella de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado». Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador, al emitir una orden de aprehensión, determinar cuáles son, según el delito de que se trate, los datos que acreditan los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además, de ser el caso, se configure o perfile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado de la orden de captura, como consecuencia del ejercicio de la acción penal realizada por el Ministerio Público, surte el efecto procesal de poner a disposición del Juez al indiciado en relación con determinado delito; por tanto, deben quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo las modificativas o calificativas que, en su caso, surjan de los hechos materia de la consignación".

Estos tres aspectos que se han señalado: fines de la pena, modelo de Estado y elementos de teoría del delito no son independientes sino que, como ya se ha expuesto en otros momentos, se condicionan

entre sí. Esto es, en la individualización de la pena se concreta la conminación penal de la ley para el caso concreto.[560] Por ello, tal

[560] En el devenir histórico, se ha tratado de buscar que la pena se dicte en relación a la gravedad y naturaleza del delito; en esta tesitura, la ley del tailón hace palpable la equivalencia entre el hecho y su castigo. Posteriormente se estimó necesario tomar en cuenta el aspecto subjetivo del delincuente, y más tarde, su temibilidad o peligrosidad social.

Las penas privativas de la libertad, en algún momento fueron establecidas con duración indeterminada: por el tiempo necesario para obtener la corrección del sentenciado.

El Código de Martínez de Castro (1871), establecía tres términos en las penas: mínimo, medio y máximo, los cuales se aplicaban en función de los catálogos de atenuantes y agravantes (artículos 66 a 69). La legislación de 1929 adoptó el mismo sistema, con una variante: el juzgador podía tomar en cuenta para la fijación concreta de la pena, agravantes y atenuantes no expresadas en la ley, de acuerdo con la magnitud del delito y sus modalidades, así como de conformidad con las condiciones peculiares del delincuente (artículo 55).

A partir de la reforma cuya vigencia inició el uno de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, la base para imponer las penas es la culpabilidad del autor y la magnitud del hecho. El código vigente señala penas con dos términos: mínimo y máximo; dentro de los cuales, puede ejercerse el arbitrio judicial, para precisar la penal aplicable a cada caso específico, en atención a las circunstancias establecidas por el propio legislador, en los artículos 51 y 52, que ordenan que la punición debe considerar las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente.

Para ello, como aspectos destacados, han de considerarse: la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutoria; la extensión del daño causado y del peligro corrido; la edad, educación, ilustración, costumbres y conducta pretende del sujeto; los móviles que lo impulsaron a delinquir y sus circunstancias económicas; las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y demás antecedentes personales; la calidad de las personas ofendidas y demás factores de modo, tiempo y lugar a fin de determinar el grado de culpabilidad. El precepto también impone al Juez la obligación de tomar conocimiento directo del delincuente, de la víctima y de las circunstancias del hecho.

Estos factores relevantes de la individualización de la pena, favorecen un mejor ejercicio del arbitrio judicial, pues, mientras mayores parámetros considere el juzgador, conforme a lo previsto en el ordenamiento legal, más se acercará a lo justo; y si bien los invocados preceptos no establecen, para efectos de fijar la condena una pena equidistante entre la media y la máxima o entre la mínima y la media, es preciso individualizar la pena conforme a las exigencias de cada caso, sin que esto constituya violación a los artículos 14 y 16 constitucionales.

En efecto, si bien es cierto de acuerdo a lo que establecen los artículos 51 y 52, del Código Penal Fedral, el juez goza de autonomía para fijar las penas y medidas de seguridad que estime justas, no menos cierto es que tal determinación debe ser en ejercicio de su prudente arbitrio y de conformidad con los márgenes de punibilidad que para cada delito establezca la ley, tomando en consideración la gravedad del ilícito de que se trate y el grado de culpabilidad del inculpado; en esa tesitura, de acuerdo al principio de congruencia que rige en toda resolución judicial, el *quantum* de la pena o medida de seguridad impuesta debe ser proporcional al grado de culpabilidad en que se ubique al sentenciado.

individualización constituye el punto crucial en el que puede considerarse plenamente, dentro del marco de un juicio penal, la peculiaridad del autor y del hecho.[561]

1. Determinación cuantitativa de la pena. El planteamiento hasta aquí esbozado tiene determinados efectos sobre los fines preventivos: la proporcionalidad como límite a la prevención general encuentra así uno de sus fundamentos constitucionales, en cuanto el afán intimidatorio no puede llevar a la imposición de penas desproporcionadas respecto a la gravedad del delito. En efecto, la búsqueda de la paz social lesionaría sus propios fundamentos y, entre ellos, la dignidad humana en la medida en que el reo se vería instrumentalizado para

Destacadamente, la individualización de sanciones presenta problemas en tratándose de la aplicación de sanciones por circunstancias agravantes del ilícito, que llevan incluso, a acumular sanciones no previstas independientemente o, a sancionar dos veces la misma conducta. Lo cual, trastoca la garantía de exacta aplicación de la ley de la materia penal y vuelve injusta la labor del juzgador.

[561] (REFORMADO, D.O. 28 DE DICIEMBRE DE 1982)

"Art. 22.- Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

(REFORMADO, D.O. 3 DE JULIO DE 1996)

No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquellos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

(ADICIONADO, D.O. 8 DE MARZO DE 1999)

No se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables. La autoridad judicial resolverá que se apliquen en favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial se dictará previo procedimiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado en la investigación o proceso citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe.

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar."

la obtención de efectos preventivo generales sobre el resto de la colectividad.

El marco penal genérico establece la pena proporcionada a la naturaleza del delito en abstracto, tal y como lo describe el Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, en el tomo VII, Marzo de 1991, Octava Época, publicado en la página 188 del Semanario Judicial de la Federación, bajo la rúbrica:

> "**PENA, PARA SU INDIVIDUALIZACIÓN NO DEBE TOMARSE EN CUENTA LA NATURALEZA DEL DELITO EN ABSTRACTO.** Para determinar la peligrosidad del delincuente deben de tomarse en cuenta las circunstancias objetivas concretas y las condiciones personales del activo, pero de ninguna manera debe considerarse, al individualizar la pena, la naturaleza del delito en abstracto, toda vez que el legislador al señalar la pena, califica la gravedad del delito en abstracto. Por tanto si el juzgador al sentenciar vuelve a basar un aumento de la penalidad en la naturaleza intrínseca del delito en abstracto, perjudica indebidamente al acusado, al empeorar su situación a causa de una circunstancia por la cual ya la ley misma la agravó con anterioridad, es decir, el juzgador debe ceñirse exclusivamente al individualizar la pena a las circunstancias objetivas y subjetivas concretas del caso y no a la naturaleza del delito".

2. Arbitrio judicial. El correcto ejercicio que los jueces realicen del poder discrecional que les confiere la ley, en ese tenor, debe normarse por los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, los cuales, a partir de la reforma cuya vigencia inició el uno de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, establecen que la base para imponer las penas es la culpabilidad del autor y la magnitud del hecho.

La culpabilidad adquiere doctrinariamente, distintas connotaciones: para los psicologistas, consiste en el nexo psicológico que une al sujeto con la conducta o el resultado material; a diferencia de los normativistas, quienes la consideran como el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta, o el resultado material, reprochable; y, para los finalistas, es la reprochabilidad de la conducta, sin considerar el dolo como elemento de la culpabilidad (teoría normativista), sino de la conducta.

Para MAGGIORE, la culpabilidad se conforma con los elementos siguientes:

1. Una ley, una acción,
2. un contraste entre la acción y la ley y,
3. el conocimiento de esta situación de contraste.

Consecuentemente, se trata de un juicio valorativo, que se funda en la posibilidad de comportarse según la norma: el autor pudo obrar de modo distinto y, a pesar de ello, se decidió por la conducta típica y antijurídica; consecuentemente, le es reprochable y debe responder de sus hechos penales ante la sociedad.

La ley encomienda al juzgador determinar la medida en que el responsable de un delito debe responder y, como consecuencia, el *quantum* de la pena que completamente deberá imponérsele, dentro de los límites fijados en abstracto; ello, conforme a los dispositivos en comento y los razonamientos lógico-jurídicos que llevan al juzgador a graduar la culpabilidad del agente en un determinado punto.

Mientras mayores parámetros sean considerados por el juzgador, más se acercará a lo justo.

Por ello, los dispositivos en comento, relacionan a las circunstancias que, por ser destacadas en el evento ilícito y la personalidad del delincuente, deben considerarse por el juzgador. Aspectos considerados en abstracto, que deberá motivar en el caso concreto, de conformidad con las pruebas que al respecto obren en la causa, pues, durante la instrucción, debe allegarse de elementos que permitan conocer las circunstancias en que hubiese sido cometido el delito y las peculiaridades del justiciable, de quien debe tomar conocimiento directo, así como de la víctima (artículo 1 fracción III, en relación al 146 y 165, del Código Federal de Procedimientos Penales.).

Incluso, se le conceden amplias facultades para allegarse a los datos requeridos para cada caso, aún oficiosamente, a fin de conocer la edad, educación e ilustración del inculpado; sus costumbres y conductas anteriores; los motivos que lo impulsaron a delinquir, sus condiciones económicas y las especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito, su pertenencia, en su caso, a un grupo étnico indígena y las prácticas y características que como miembro de dicho grupo pueda tener; los demás antecedentes personales que puedan comprobarse; así como sus vínculos de parentesco, amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, que en su conjunto demuestran la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente.

Que su análisis en conjunto, la autoridad judicial debe graduar la culpabilidad del sujeto activo y, conforme a ésta, particularizar la sanción a aplicar, dentro del parámetro (máximo y mínimo) que el legislador prevé para cada ilícito. Ahora bien para que su resolución se encuentre debidamente fundada y motivada, basta hacer mención de los aspectos sobresalientes, esto es, que revisten verdadera impor-

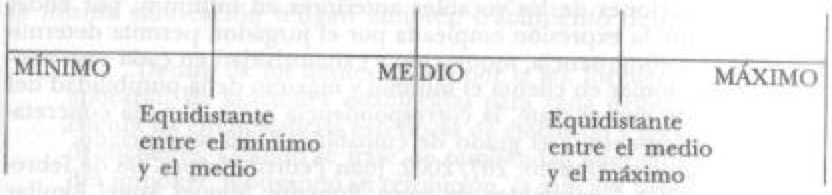
tancia, ya sea para agravar o para atenuar la sanción, más no existe razón lógica ni jurídica para enfatizar aquéllos factores que no aportan dato eficazmente cuantificable al establecer la culpabilidad. Lo anterior resulta ser así, aun cuando debe satisfacer, como todo acto de autoridad, el análisis de cada una de las circunstancias legalmente previstas (la jurisprudencia ha establecido como única salvedad a esta regla por no ser violatoria de garantías, la imposición de la pena mínima); porque los dispositivos en comento no obligan al juzgador a hacer referencia a todos los aspectos taxativamente previstos, sino a que los tome en cuenta al aplicar la sanción, pues las sanciones no deben ser resultado de un simple análisis de las circunstancias en que se consumó el delito o en un enunciado completo de las características ostensibles del delincuente, sino la conclusión racional que resulte del examen de su personalidad, en sus diversos aspectos y los móviles que lo indujeron a cometer el delito.

Ahora bien, la determinación del grado de culpabilidad, puede no ubicarse en los límites mínimo y máximo únicos establecidos por el legislador; por ello, el juez debe encontrar el punto exacto, entre aquéllos que sean precisamente el que denota el justiciable. Su designación permite utilizar diversas expresiones para determinar puntos equidistantes entre los extremos de la punibilidad; sin embargo, expresiones como "ligeramente superior a la mínima" que es común se empleen en la práctica judicial, parecen poco precisas y han dado lugar a que se apliquen arbitrariamente las penas; por ello, la jurisprudencia, ha sido enfática en exigir que se determine con precisión el grado de culpabilidad, conforme al cual se establece la punición.

3. Precisión que debe existir en la graduación de la culpabilidad, para dar claridad y congruencia a las penas impuestas. Del análisis de los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, se advierte que el juez goza de autonomía para imponer las penas y medidas de seguridad que estime justas, tomando en consideración los márgenes de punibilidad que para cada delito establezca la ley, la gravedad del ilícito de que se trate y el grado de culpabilidad del inculpado.

Sin embargo y precisamente en atención al arbitrio del juzgador, la ley no fija denominaciones o categorías predeterminadas respecto de la graduación de la culpabilidad, sino que se limita a proporcionar reglas normativas para regular el criterio del juez, de ahí que éste deba ser especialmente cuidadoso con la expresión que emplee para designar el grado de culpabilidad del enjuiciado, sin perder de vista que de acuerdo al principio de congruencia que rige en toda resolución judicial, el *quantum* de la pena (cualquiera que ésta sea) o medida

de seguridad impuesta, debe ser proporcional a dicho grado, así como que para referirse a las diferentes graduaciones entre la mínima y la máxima se han empleado diversos vocablos convencionalmente aceptados, tales como "mínima" "equidistante entre la mínima y la media", "media", "equidistante entre la media y máxima", y "máxima"; sin que esto signifique que para mencionar los puntos intermedios entre estos parámetros, el juez esté obligado a realizar combinaciones en los vocablos anteriores *ad infinitum*.



Basta que la expresión empleada por el juzgador, permita determinar con congruencia, motivación y exhaustividad en cada caso concreto, y tomar en cuenta el mínimo y máximo de la punibilidad del delito de que se trate, la correspondencia entre la pena concretamente impuesta y el grado de culpabilidad del sentenciado, para que se estime precisado el grado de culpabilidad.

He sostenido este criterio en la tesis I.7o.P.2 P, dentro del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, publicada en la página: 1258, del tomo: XV, correspondiente a mayo de 2002, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, en los términos siguientes:

> **"PENA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA. PRECISIÓN DEL VOCABLO EMPLEADO PARA DESIGNAR EL GRADO DE CULPABILIDAD, DEBE DETERMINARSE EN CADA CASO CONCRETO.** Del análisis de los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal, se advierte que el juez goza de autonomía para imponer las penas y medidas de seguridad que estime justas, tomando en consideración los márgenes de punibilidad que para cada delito establezca la ley, la gravedad del ilícito de que se trate y el grado de culpabilidad del inculpado; sin embargo y precisamente en atención al arbitrio del juzgador, la ley no fija denominaciones o categorías predeterminadas respecto de la graduación de la culpabilidad, sino que se limita a proporcionar reglas normativas para regular el criterio del juez, de ahí que éste deba ser especialmente cuidadoso con la expresión que emplee para designar el grado de culpabilidad del enjuiciado, sin perder de vista que

de acuerdo al principio de congruencia que rige en toda resolución judicial, el quantum de la pena (cualquiera que ésta sea) o medida de seguridad impuesta, debe ser proporcional a dicho grado, así como que para referirse a las diferentes graduaciones entre la mínima y la máxima se han empleado diversos vocablos convencionalmente aceptados, tales como "mínima", "equidistante entre la mínima y media", "media", "equidistante entre media y máxima" y "máxima"; sin que esto signifique que para mencionar los puntos intermedios entre estos parámetros, el juez esté obligado a realizar combinaciones de los vocablos anteriores ad infinitun; por ende, basta que la expresión empleada por el juzgador, permita determinar con congruencia, motivación y exhaustividad en cada caso concreto, y tomar en cuenta el mínimo y máximo de la punibilidad del delito de que se trate, la correspondencia entre la pena concretamente impuesta y el grado de culpabilidad del sentenciado."

Amparo Directo: 267/2002. Juan Pedroza López. 08 de febrero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Angel Aguilar López. Secretaria: Ana Luisa Beltrán González.

Consecuentemente, si en la práctica, el órgano jurisdiccional considera la punibilidad hipotéticamente prevista para el ilícito, ubicado el grado de culpabilidad del agente, en un determinado nivel entre la amplitud de los márgenes legalmente establecidos y, la sanción impuesta permite conocer el punto exacto, en el sistema de dosimetría en que se encuentra la punición, su expresión no es ambigua ni abstracta, en la medida que permite establecer con certeza la congruencia que existe entre el grado de culpabilidad en que fue situado el justiciable y la pena impuesta; por lo que no trastoca la garantía de legalidad.

La actividad a individualizar judicialmente las penas aplicables, consiste en un razonamiento lógico-jurídico tendiente a justificar el por qué la autoridad jurisdiccional se inclina a establecer en su caso, determinado grado de culpabilidad del agente; ello, como resultado de un análisis general y previa confrontación entre los factores que benefician al reo y los que le perjudican, los que norman su arbitrio judicial.

La ponderación de las circunstancias exteriores de ejecución del delito, las peculiares del inculpado, las referentes al hecho cometido y las de la víctima, que se desprendan de los medios de convicción allegados a la causa, determinan el grado de culpabilidad; la determinación del juzgador en este sentido; no puede interferirse; ni aún la potestad del amparo puede hacerlo, sino cuando es ostensible la omisión de las circunstancias que lo determinan.

El legal ejercicio del arbitrio judicial implica que se determine, con congruencia, motivación y exhaustividad el grado de culpabilidad del sujeto activo. La congruencia entre éste y la pena aplicada, no es violatoria de garantías, con independencia de la expresión utilizada para designar al primero.

Para la decisión judicial que debe establecerse en concreto, se parte del artículo 51, párrafo primero, del Código Penal Federal, a fin de que las posibles desigualdades de gravedad entre hechos con la misma calificación tengan también tratamiento desigual.[562]

"Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial".

Lo anterior no implica que el reo merezca una sanción especial por la gravedad del delito, con independencia del grado de culpabilidad (antes peligrosidad) que presenta la persona a sentenciar, tal y como lo han sostenido los Tribunales Colegiados de Circuito con la tesis aislada XIX.4o.4 P, novena época, tomo XIV, Noviembre de 2001, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, visible en la página 525, con la rúbrica y texto siguientes:

"PENAS, APLICACIÓN DE LAS. INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 51 Y 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. Una correcta interpretación de los artículos 51 y 52 del Código Penal Fe-

[562] (REFORMADO PRIMER PÁRRAFO, D.O. 30 DE DICIEMBRE DE 1991)
ARTICULO 51.- Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial.
(REFORMADO [N. DE E. ADICIONADO], D.O. 14 DE ENERO DE 1985)
En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días.

deral permite señalar que si bien para la aplicación de las sanciones se deben de tomar en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución del delito, así como las peculiares del delincuente, lo que implica analizar tanto la gravedad del ilícito como el «grado de culpabilidad» del agente, ello no significa que éste deba ser sancionado bajo dos ópticas diferentes, una por el grado de culpabilidad del sentenciado y, la otra, por la gravedad del ilícito cometido, pues para imponer una sanción justa y adecuada al delito consumado, el tribunal deberá examinar al unísono ambas cuestiones. Así, el juzgador al momento de aplicar la sanción al reo, de acuerdo con el ordinal señalado (artículo 52), debe realizar un estudio integral de todas y cada una de las circunstancias que rodearon al evento delictivo, para lo cual se atenderá a la gravedad del ilícito, misma que se obtiene analizando la magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que éste hubiere sido expuesto, la naturaleza de la acción u omisión, y los medios empleados para ejecutarla, así como las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado (fracciones I a III); pero también deberá analizar la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, su calidad y la de la víctima u ofendido; su edad, educación, ilustración, costumbres, condiciones sociales y económicas, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir, sus usos y costumbres, según si pertenece a algún grupo étnico o indígena, su comportamiento posterior, así como las condiciones especiales y personales en que se encontraba al momento de la comisión del delito (fracciones IV a VII). Lo anterior no implica que el reo merezca una sanción especial por la gravedad del delito, con independencia del grado de culpabilidad (antes peligrosidad) que presenta la persona a sentenciar. Por ello, y en estricto cumplimiento al artículo 52 del Código Penal Federal reformado, el juzgador debe analizar todas y cada una de las circunstancias que se han señalado líneas arriba, de las cuales obtendrá el real grado de responsabilidad que presenta el reo, y con base en el cual será sancionado en forma justa y equitativa, acorde al ideal de justicia que impera en el derecho penal, incluido en dicho grado tanto las circunstancias peculiares del delincuente (grado de culpabilidad) como la gravedad del ilícito que se cometió, no como aspectos autónomos, sino complementarios".

La Jurisprudencia 1a./J. 76/2001, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, Tomo: XIV, Octubre de 2001, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, visible en la página 79, dispone:

"**CULPABILIDAD. PARA DETERMINAR SU GRADO, DEBEN TOMARSE EN CUENTA LOS ANTECEDENTES PENALES DEL PROCESADO, EN TÉRMINOS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, DE 10 DE ENERO DE 1994.** Del proceso legislativo de la referida reforma se advierte que tuvo como finalidad abandonar el criterio de la peligrosidad como el eje fundamental sobre el que debía girar la individualización de la pena, para adoptar la figura del reproche de culpabilidad. Al respecto, los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal vigentes a la fecha, establecen un esquema de individualización de la pena que es una especie de combinación de dos sistemas, el de culpabilidad de acto como núcleo del esquema, y el de culpabilidad de autor como una suerte de cauce hacia una Política Criminal adecuada. El numeral 52 indica que al imponer la pena respectiva debe atenderse al grado de culpabilidad del agente, en tanto que el artículo 51 dice que deben tenerse en cuenta las circunstancias peculiares del propio sujeto activo, entre las que destaca, en términos del artículo 65 del mismo cuerpo de leyes, la reincidencia. Por otra parte, la fracción VIII, del propio artículo 52 señala que debe atenderse a las condiciones propias del sujeto activo, que sirvan para determinar la posibilidad que tuvo el mismo de haber ajustado su conducta a lo previsto en la norma. Todas estas reglas tienen como finalidad específica servir de medio por virtud del cual el Derecho penal proporcione la seguridad jurídica a que aspira, teniendo para ello como objetivo la prevención de conductas delictivas, al ser una de las formas que asegura la convivencia de las personas en sociedad, y así cumplir con la prevención especial a que alude el numeral 51 del ordenamiento legal citado, que deriva de la aplicación de la pena a un caso concreto para evitar la posterior comisión de delitos por parte del sentenciado. Por tanto, si bien las alusiones a la culpabilidad deben ser entendidas en la forma de una culpabilidad de acto o de hecho individual, en esas referencias necesariamente deben encontrarse aspectos claramente reveladores de la personalidad del sujeto, ya que es incuestionable que la personalidad desempeña un papel importante en la cuantificación de la culpabilidad, toda vez que es uno de los datos que nos indican el ámbito de autodeterminación del autor, necesario para apreciar el por qué adoptó una resolución de voluntad antijurídica pudiendo adoptar una diferente. En ese orden de ideas, es claro que el juzgador al determinar el grado de culpabilidad del acusado, debe tomar en cuenta sus antecedentes penales, para así estar en posibilidad de verificar si la prevención especial consagrada en el artículo 51 ha funcionado o no."

Asimismo, la individualización de la pena es, junto a la apreciación de la prueba y a la aplicación del precepto jurídico-penal a los hechos probados, la tercera función autónoma del juez penal federal y representa la cúspide de su actividad resolutoria, a pesar de la solicitud de la imposición de la pena que considera el Ministerio Público de la Federación procede por el delito cometido, al citar su fundamentación correspondiente; lo anterior en atención a la tesis II.1o.P.71.P, emitida por el Primer Tribunal Unitario en Materia Penal del Segundo Circuito, visible en la Novena Época, Tomo: XI, Enero de 2000, publicada en la página: 977, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, bajo la rúbrica:

> "**CONCLUSIONES ACUSATORIAS DEL MINISTERIO PÚBLICO. CUANDO SE CITAN EN ELLAS, ADEMÁS DEL PRECEPTO QUE CONTIENE LA PENALIDAD APLICABLE, OTROS QUE NO CONTIENEN PUNIBILIDAD, LA INOBSERVANCIA DE ÉSTOS NO VIOLA GARANTÍAS INDIVIDUALES.** Si en su pliego de conclusiones el Ministerio Público acusa al quejoso por un determinado delito, agregando que para la penalidad aplicable debe estarse a lo dispuesto por diversos artículos y de autos se advierte que sólo uno de ellos contiene una punibilidad para tal ilícito, resulta intrascendente que la representación social hubiera citado otros que no la contienen, pues el hecho de que no se atiendan no entraña una variación en la acusación ni en los hechos y, por ende, violación de garantías."

En esa labor, el Juez debe liberarse de los prejuicios personales, las simpatías y las emociones, y orientar su sentencia exclusivamente conforme a criterios objetivos de valoración. Puesto que los marcos penales legales son amplios, y así han de serlo también en interés de la individualización de la mediación penal, mientras que la posibilidad de reconsiderar en apelación las decisiones individualizadoras tiene límites relativamente estrechos, existe el peligro de que, pese a la subdivisión en grupos valorativos, se produzca un abuso de la discrecionalidad, tanto en el sentido de una severidad excesiva como en el de una indulgencia exagerada, con la secuela también de un riesgo de falta de uniformidad en la praxis de la individualización penal.

4. Supuestos. Establecidas las orientaciones generales de la determinación de la pena, procede a continuación desarrollar las reglas concretas incluidas en el Código Penal Federal, a través de las cuales se conduce ese proceso de concreción de la pena desde el estableci-

miento del marco penal genérico por el legislador, hasta la decisión judicial final.

a. *La pena máxima y mínima en grado*

Este sistema de determinación de la pena máxima y mínima (inferior o superior)[563] en grado, ha suscitado ya algunas dudas y la propuesta de sus correspondientes soluciones interpretativas, que, en nuestra opinión, plantean complicaciones allí donde la ley no las ha creado, quizá porque la situación legal es ahora más simple que la anterior y su grado de formalidad o complejidad, menor al que estábamos acostumbrados. Me refiero a la diferenciación entre el máximo de la pena inferior y el mínimo de la pena superior que en el Código Penal Federal con la reforma de 1984, se establecía.

En palabras de AMUCHATEGUI REQUENA, el juzgador impondrá la pena que a su arbitrio considere más adecuada. Para ello, tendrá en cuenta lo establecido en los artículos 51 a 55 del Código Penal Federal.[564]

Actualmente, el Código Penal Federal, en su título tercero: "aplicaciones de las sanciones", en su capítulo primero, denominado "reglas generales", el artículo 51, establece cuáles deberán ser los parámetros para la imposición de las penas:

> "Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial".

Problemas distintos plantea establecer la mitad de cantidades de pena difícilmente divisibles, sea para deducir la pena inferior o superior en grado o bien para dividir a la mitad la cuantía global de la pena (la inferior y la superior); así ocurre, por ejemplo, para establecer la pena inferior en grado a una que tenga como mínimo, tres días.

[563] Por su parte, MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal mexicano..., p. 605, utiliza los conceptos de graves y leves, distinción ésta que no requiere mayor explicación, naturalmente, entre las primeras, la pena de prisión, particularmente las de larga y mediana duración; y, entre las últimas, la amonestación, el apercibimiento, la caución de no ofender y el confinamiento.

[564] AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G. Derecho penal..., p. 95.

b. *La elección de la pena concreta*

La pena aparece delimitada, por los efectos de su individualización, en base a los criterios generales siguientes:

a) gravedad del hecho;
b) culpabilidad del agente; y
c) Político-criminal (basado en el principio de culpabilidad y en la prevención general y especial).[565]

El proceso de individualización penal se descompone en la determinación de los fines de la pena,[566] la constatación de los hechos referidos a tal individualización y la discusión acerca de las consideraciones sobre la repetida individualización. La pena es un concepto complejo y, por eso, hay que considerar diversos fines penales en esta formación de inventario. La pena sirve, para este momento, a la justa retribución del injusto y de la culpabilidad, las cuales corresponden aquí al principio de culpabilidad tanto una función fundamentadora de la pena como una función limitadora de la misma.

El Código Penal Federal establece los límites que la misma ley prevé para la aplicación de la pena en el hecho delictivo que se ha cometido; ello es así, de acuerdo con el artículo 52 del ordenamiento ya señalado:[567]

"El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

[565] Véanse en detalle estos criterios MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal mexicano..., p. 654.

[566] Para ver en detalle sobre los fines y función de la pena consúltese principalmente el trabajo de DAZA GÓMEZ, Carlos, Teoría general del Delito..., pp. 403-412; MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal mexicano..., pp. 590-602; PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, Teoría del delito..., pp. 198-200; LESCH, Heiko H. La función de la pena, Universidad Externado De Colombia, Bogotá, Colombia. 2000, pp. 69 y ss.

[567] REFORMADO, D.O. 10 DE ENERO DE 1994.

IV. La forma y el grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI. El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido y;

VII. Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma."

La necesidad de valorar conjuntamente todos los elementos del delito viene impuesta por el hecho de que también la decisión sobre la responsabilidad los valora conjuntamente y si todos juntos son la base de la pena proporcionada en el marco legal genérico, todos juntos deben ser valorados para la pena proporcionada en concreto. Y para hacerlo, el sistema mexicano da circunstancias modificativas "de la responsabilidad" que son de estimación obligatoria, proporciona orientaciones más seguras que las incluidas en otros sistemas penales, que se limitan a enumerar diversos factores de determinación de la pena a combinar libremente por el juzgador.

Para llegar a la averiguación del marco penal concreto, el sistema del Código Penal Federal se basa en la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, para cuya aplicación hay que atender a los criterios proporcionados por el artículo 52. Por marco penal concreto se entiende la cantidad o espacio de pena que el juez puede recorrer en uso de su discrecionalidad, del cual dispone tras haber tenido en cuenta los distintos factores establecidos en la ley y, conforme a los cuales se acorta el espacio genéricamente previsto para cada tipo de infracción.

Se debe poner de relieve que el arbitrio judicial no significa en modo alguno una libertad absoluta, y en segundo lugar, que dicho arbitrio no es tampoco un derecho del juez, sino que revela por el contrario, una obligación del juez a la elección de la pena adecuada al caso concreto, cosa que sin el margen correspondiente a su arbitrio no sería posible. Y debe ser así por mandato constitucional (artículo 16) ya que de lo contrario:

1) Se impediría la seguridad jurídica;
2) Se lesionaría el principio de la evaluación objetiva del Derecho que forma parte del Estado de Derecho;

3) Se abrirían las puertas a un tratamiento desigual a situaciones de contenidos iguales sin fundamentación alguna, con lo que se lesionaría el derecho a la justicia y a la igualdad;
4) Se lesionaría finalmente también el principio de la vinculación de la justicia penal a la ley.[568]

La motivación evita la arbitrariedad de la resolución, al mostrar a las partes cuál es el fundamento racional, fáctico y jurídico, de la decisión judicial, y posibilitar con ello su impugnación razonada mediante los recursos. La motivación debe abarcar tres aspectos relevantes: fundamentación del relato fáctico que se declara probado, subsunción de los hechos en el tipo penal procedente y acreditamiento de la culpabilidad; finalmente, consecuencias punitivas civiles, en caso de condena.

No hay que olvidar que el juez cuenta con un importante margen de discrecionalidad que acaba por cumplimentar en la mayoría de los casos de forma intuitiva. Una de las razones importantes que resalta DEMETRIO CRESPO, para que ello siga siendo así, es la escasa atención del legislador en las sucesivas reformas por ofrecer criterios teleológicos en la individualización de las penas. Esta situación ha dado lugar a un convencimiento generalizado de que la individualización de la pena se basa, en último término, en el criterio particular de equidad del juez,[569] esto es seguido por el criterio del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, en la tesis III.2o.P.61 P., Tomo: XI, Marzo de 2000, Novena Época, publicada en la página: 996 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, bajo la rúbrica:

"INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA, NO SE TRANSGREDE EL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO PENAL FEDE-

[568] Esta vinculación se ha llevado a cabo paralelamente a la evolución del pensamiento sobre los fines de la pena. La doctrina y la jurisprudencia antiguas han visto el fin (el sentido y la naturaleza) de la pena en la retribución. Como hemos visto, estas teorías ya no se mantienen como tal hoy, sino que predominan las teorías unitarias o mixtas, según las cuales, la retribución constituye un punto de partida, dentro del cual los fines preventivos pueden encontrar también acogida. Por el contrario las teorías relativas consideran que el único fin del Derecho Penal es preventivo, y por tanto sólo éste puede legitimarlo, y se basan bien en la prevención general, bien en la prevención especial. En esta medida, aquéllas son más teorías de la pena, que teorías del Derecho Penal, y éstas son más teorías del Derecho Penal, que teorías de la pena.

[569] DEMETRIO CRESPO, Eduardo, Prevención general e individualización judicial de la pena, Salamanca, España, Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, p. 273.

RAL, SI AL MOMENTO DE LA, EL JUZGADOR TOMA EN CONSIDERACIÓN LOS ANTECEDENTES DEL ACUSADO. Si bien el artículo 52 del Código Penal Federal, entre otros numerales, fue reformado en su fracción VI, conforme a la publicación del diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, en el Diario Oficial de la Federación, mediante el cual se suprimió lo relativo a «la conducta anterior del activo», como parámetro para fijar las penas, también lo es que una interpretación armónica del actual precepto, permite estimar que para la individualización de la punición, se deben tomar en consideración, entre otros datos, además del hecho imputado y su participación en la ejecución del mismo, los antecedentes del acusado, con la finalidad de establecer su grado de culpabilidad, sin que esto signifique que la individualización de la pena condigna se realice conforme al criterio de peligrosidad o temibilidad, el cual efectivamente, fue sustituido por el legislador en la citada reforma, por el de culpabilidad. Tal situación no involucra la prohibición de que el juzgador, al ubicar al acusado en determinado grado de culpabilidad, tome en cuenta los antecedentes penales de aquél, atento a que por una parte, dentro de los límites fijados por la ley, el Juez deberá considerar las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, y por otra, resulta ilógico que a un primodelincuente se le valore de igual forma que a otro que tenga múltiples antecedentes, porque quien cuenta con antecedentes penales conoce con mayor precisión las consecuencias jurídicas que produce el ejecutar una conducta delictiva, además de revelar cierto desprecio hacia el orden jurídico establecido. Lo anterior, encuentra sustento en la propia exposición de motivos de la mencionada reforma, en donde la razón esencial consistió en que al momento de individualizar la pena, el juzgador tome en cuenta, preponderantemente, los aspectos objetivos del hecho delictuoso, lo cual no implica que se dejen de tomar en consideración los antecedentes penales anteriores del activo, pues de acuerdo al dictamen del catorce de diciembre de mil novecientos noventa y tres, emitido por las Comisiones Unidas de Gobernación, Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados (la cual fungió como Cámara de origen), se sostuvo el argumento de que existe una total concordancia entre la idea que motiva la reforma en mención y la que sugiere la modificación del artículo 65 del Código Penal Federal, que se refiere a la reincidencia, en el sentido de que en lugar de considerarse a ésta como una agravante de la pena, sea mejor un elemento a valorar en la individualización y no una agravante; de ahí que la intención del legislador no haya sido la de proscribir al juzgador que, para efectos de establecer las sanciones correspondientes, tome en cuenta los antecedentes del acusado, ya que si eso hubiera sido, habría derogado entonces lo relativo a la reincidencia, regulada en el artículo 65 del mencionado código, lo cual no aconteció, pues en

las consideraciones del dictamen precitado, reiteró lo concerniente a la reincidencia, como un aspecto de valoración y no de agravación que debe tomarse en cuenta para la individualización judicial de la pena".

Asimismo, las propuestas de la teoría de los sistemas sociales señalan que el proceso de aplicación de las leyes por parte de los jueces está afectado por la autorreferencia a las convicciones de éstos últimos. Junto a ello, se ha dicho que los integrantes del Poder Judicial constituyen un cuerpo separado de la sociedad y sus conflictos, y que ello se debe a un particular entendimiento de su independencia, que se proyecta no sólo frente a los otros poderes del Estado, sino también como negativa a hacerse partícipes de los problemas sociales.[570]

c. *Cuestiones generales sobre la estimación de las circunstancias*

Después de la determinación de los fines de la pena, procede constatar los elementos fácticos de la individualización penal. Se trata aquí de aquellas circunstancias del hecho que en el caso concreto ofrecen interés, en cuanto a los fines de la pena, para la clase de cuantía de ésta y para la suspensión condicional de la pena, como por ejemplo, el valor de la cosa robada (injusto del resultado), la particular brutalidad del delincuente sexual (injusto de la acción), el preocupante aumento de una determinada clase de delito en cierto ámbito territorial (prevención general) y la no punición del acusado (prevención especial).

Las mencionadas circunstancias deben ser examinadas, en primer lugar, desde la perspectiva de, si de algún modo, pueden surtir efecto en la individualización de la pena, y luego ha de preguntarse en qué dirección contribuyen a decidir la cuantía y la clase de pena, así como la cuestión de la suspensión. En este orden de cosas, sucederá con frecuencia que los elementos fácticos de la individualización penal podrán tener significado contrario según el fin de la pena al que se refieran (ambivalencia de los elementos fácticos de la individualización penal).

En la valoración de la gravedad del hecho, como factor genérico de determinación de la pena, deben incluirse, en definitiva, sólo las circunstancias (objetivas y subjetivas) que pertenecen al delito concretamente cometido y que suponen mayor o menor afectación al bien jurídico, grados de dolo o de culpa y grados de atribución de

[570] DEMETRIO CRESPO, Eduardo, Prevención general e individualización judicial de la pena, p. 273.

responsabilidad por el injusto cometido.[571] En tal sentido, GRACIA MARTÍN[572] opina acerca de que la gravedad del delito sobre la que se establece la pena proporcionada debe configurarse a partir de la importancia del bien jurídico y no desde el grado de necesidad preventiva. De hacerse así, sigue el autor, podrían llegar a establecerse penas exacerbadas en delitos pocos graves, pero demostrativos de una necesidad preventivo-general por su repetición. En otras palabras, la revisión ideológica que ha llevado a cabo la doctrina sobre el concepto dogmático de "culpabilidad" ha pretendido alejarlo del ideario retribucionista que la basaba en el libre albedrío del autor, y legitimaba en tal decisión libre la respuesta punitiva equivalente; sin embargo, la saludable revisión ideológica no debería llevar a explicar la culpabilidad exclusivamente desde la necesidad preventiva de la pena, pues los excesos que podrían llegar a justificarse son aún más peligrosos que los provocados por la abstracción del libre albedrío.[573] Sin embargo, aunado a todo lo anterior, el Código Penal Federal contempla una excepción en su artículo 54:

> "El aumento o disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél".

d. *Reglas de aplicación en atención a las circunstancias modificativas de la responsabilidad*

Considera AMUCHATEGUI REQUENA las circunstancias atenuantes o privilegiadas son las consideraciones del legislador para que, en determinados casos, la pena correspondiente a un delito se vea disminuida; por ejemplo, homicidio en riña o duelo, por emoción violenta, con consentimiento de la víctima, robo de uso, etcétera.[574]

Las circunstancias agravantes son las consideraciones del legislador contenidas en la ley penal para modificar la pena, agravándola; por ejemplo, homicidio con premeditación (artículo 315), alevosía

[571] En este sentido se manifiesta GARCÍA ARAN, Mercedes, Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995, Pamplona, España, Aranzadi, 1997, p. 76.

[572] Citado por GARCÍA ARAN, Mercedes, Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995, p. 76.

[573] GARCÍA ARAN, Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995, p. 77.

[574] AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G. Derecho Penal..., p. 95.

(artículo 318), ventaja o traición (artículo 319). En el delito, el legislador señala casos de agravación según determinadas circunstancias (artículo 320).

Dichas variantes obedecen a las circunstancias o factores que la propia ley tiene en cuenta para variar la pena, con lo cual trata que la pena sea ajustada al caso concreto, de acuerdo con sus circunstancias especiales y de modo que la pena sea más justa;[575] en este sentido el criterio del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito, visible en el tomo X, Octubre de 1992, Octava Época, publicada en la página 301 del Semanario Judicial de la Federación, bajo la rúbrica:

> "**CONCLUSIONES ACUSATORIAS DEL MINISTERIO PÚBLICO, RESPECTO A LAS CALIFICATIVAS DE HOMICIDIO, REQUISITOS QUE DEBEN TENER LAS.** Por disposición del artículo 21 constitucional la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, y la imposición de las penas le es propia y exclusiva a la autoridad judicial. De tal suerte, que al órgano jurisdiccional solamente le es permisible imponer una pena cuando así lo pide el Ministerio Público, si sus conclusiones acusatorias reúnen los requisitos que la ley establece. Los artículos 348 y 349 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, establecen entre otros los requisitos que de manera imperativa deben contener las conclusiones acusatorias del ministerio público, a saber: a) Debe hacerse una exposición breve de los hechos y circunstancias peculiares del procesado. b) Se deben fijar en proposiciones concretas los hechos punibles que se atribuyen al acusado, para que de ese modo se le dé a éste plena oportunidad de defensa durante la etapa del juicio. c) Esas proposiciones concretas deben contener los elementos constitutivos del delito y las circunstancias que deben tomarse en cuenta para imponer la sanción. En congruencia con lo anterior, en el caso de que el Ministerio Público formule conclusiones acusatorias por el delito de homicidio, imputándole al inculpado que éste lo cometió con las calificativas de premeditación, alevosía, ventaja y traición, para que pueda decirse que en relación a éstas se le acusó en forma legal, es menester que las mismas no solamente sean mencionadas y se le atribuyan al procesado en el pliego acusatorio, sino además, que se invoquen los preceptos del Código Penal que las prevén y lo más trascendente, deben verterse los razonamientos lógico-jurídicos en los que se fundamenta dicha petición al órgano jurisdiccional, señalando porque se consideran probadas las calificativas: razonamientos que también deben relacionarse con los hechos motivadores de la causa, de tal manera que constituyan proposiciones concretas que demuestren la existencia real de las agravantes. Si no se acusa de esa forma, la autoridad judicial no puede subsanar esas graves deficiencias y condenar, ya que si lo hace rebasa la acusación del Ministerio Público, colocando al acusado en estado de indefensión, violando en consecuencia lo dispuesto por el artículo 21 constitucional".

[575] *Ibidem*, p. 76. Destacando, que tanto en el caso de atenuantes como de agravantes se señala un mínimo o un máximo. En ningún caso, el juez podrá imponer una pena menor a la señalada como mínimo ni una mayor de la establecida como máximo.

Entiende Plascencia Villanueva que en lo relativo al término "justas", el legislador quiso referir la resultante de tomar en consideración los aspectos incluidos en las siete fracciones del artículo 52 del Código Penal Federal, valorando la manera en que fueron concretados todos y cada uno de los elementos del tipo penal imputado, partiendo de los mencionados en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.[576]

III. Medidas de seguridad

Las novedades en la regulación del sistema de medidas de seguridad se reflejan en la adopción de nuevas técnicas legislativas, consecuencia de una nueva orientación político criminal: las garantías que rodean los fundamentos y aplicación de las medidas de seguridad son similares a las que rigen para las penas.[577]

[576] Plascencia Villanueva, Raúl. Teoría del delito..., p. 267. (REFORMADO, D.O. 18 DE MAYO DE 1999)

"Artículo 168.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley."

[577] En este sentido se manifiesta Daza Gómez, Carlos, Teoría general del delito..., p. 413, al referir que en México se sigue un sistema dualista, de doble vía como señala Roxin, ya que junto con la pena se aplican medidas de distinta naturaleza a la que llama medidas de seguridad, las cuales tienen como finalidad la prevención del delito, siendo un medio de lucha contra el delito.

Desde el surgimiento del sistema binarista o de la doble vía, ha sido constante el empeño de sus seguidores de marcar netamente las diferencias entre pena y medida de seguridad.

Esta distinción es clara en DAZA GÓMEZ, al afirmar: "la pena se fundamenta en el acto cometido y su base es la culpabilidad; en la medida de seguridad, el sustento lo es la peligrosidad, la probabilidad de que en un futuro se cometa un delito, precisamente ese es el fundamento de la medida de seguridad, impedir que esa persona cometa el delito (función preventiva)."[578]

Por otra parte, pena y medida de seguridad tienen numerosos puntos de coincidencia como son: sujeción al principio de legalidad, la exigencia de la previa comisión de un delito (aunque por razones distintas), el respeto a la dignidad humana y su imposición exclusiva a través del órgano jurisdiccional.

Resulta por tanto que el fin de la pena y de las medidas de seguridad no se diferencia en esencia, según ROXIN. Ciertamente, los fines preventivos se persiguen por las medidas de seguridad de una forma diferente y la mayoría de las veces contrasta también en la orientación de los cometidos de la pena en el caso individual, pero la tendencia fundamental preventiva es la misma.[579] En consecuencia, pena y medida de seguridad se diferencian no en el fin sino en la limitación. La medida de seguridad no está ligada en su gravedad y duración a la medida de la culpabilidad, sino sólo al principio de proporcionalidad, que admite injerencias más amplias que las permitidas por la pena.

Por consiguiente, la pena y la medida de seguridad tienen un campo propio de aplicación y no se interfieren. Así, cuando la pena se impone a los imputables, la medida de seguridad se aplica a inimputables.

1. *Las medidas de seguridad*

Como es conocido, en el Derecho Penal clásico no existían las medidas de seguridad jurídico-penales aplicables a autores de hechos

[578] DAZA GÓMEZ, Carlos, Teoría general del delito..., p. 413.

[579] *Cfr.* ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General..., pp. 104-106. La concepción aquí defendida, según la cual pena y medida tienen el mismo fin y se distinguen en el tipo de su delimitación, significa un acercamiento a la vía única. Pues, según ello, las sanciones del StGB están establecidas en cuanto a su fin en una vía única y sólo en su delimitación transcurren por dos vías distintas. En cambio la teoría de la retribución expresa una marcada forma de doble vía, en cuanto para ella se distinguen claramente pena y medidas tanto según su fin como según sus límites: para ella la pena mira retrospectivamente al hecho cometido y se orienta a la culpabilidad, mientras que la medida mira hacia el futuro y sólo se fija en la futura peligrosidad.

antijurídicos declarados no culpables. Por consiguiente, en primer lugar, a una ampliación de los supuestos en los que, contrariamente, se apreciaba, por un lado, ausencia de culpabilidad y, por el otro, concurrencia de peligrosidad criminal en el sujeto correspondiente, las soluciones adoptadas solían quedar al margen del Derecho Penal.

En las décadas sucesivas, y por influencia de la ideología de la resocialización o de la defensa social, se produjeron algunas tendencias encaminadas a la erradicación del sistema de "doble vía" y a la introducción de un sistema monista (esto es, de consecuencia jurídica única) en el que se sustituyeran las penas por consecuencias jurídicas con las características de las medidas de seguridad: esto es, orientación de futuro, base fundamentalmente terapéutica, relativización del factor representado por el hecho cometido por el sujeto, etc.

Según el Código Penal Federal, las medidas vienen clasificadas en dos grandes grupos:[580] medidas privativas de libertad y no privativas de libertad. Las primeras quedan reservadas para aquellos que han cometido un delito castigado con pena privativa de libertad; las segundas, para aquellos que han cometido un delito que no conlleve esa clase de pena, ello con fundamento en el artículo 27 del Código Penal Federal que a la letra expresa:

> *"El tratamiento en libertad de imputables consiste en la aplicación de las medidas laborales, educativas y curativas, en su caso, autorizadas por la ley y conducentes a la readaptación social del sentenciado, bajo la orientación y cuidado de la autoridad ejecutora. Su duración no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida.*
>
> *La semilibertad implica alternación de períodos de privación de la libertad y de tratamiento en libertad. Se aplicará, según las circunstancias del caso, del siguiente modo: externación durante la semana de trabajo o educativa, con reclusión de fin de semana, salida de fin de semana, con reclusión durante el resto de ésta; o salida diurna, con reclusión nocturna. La duración de la semilibertad no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida.*
>
> *El trabajo en favor de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas educativas o de asisten-*

[580] Sin embargo, el legislador no define ni en el artículo 24 del Código Penal Federal ni en los subsecuentes, cuales de entre éstas, han de ser entendidas como penas y cuáles como medidas de seguridad. Para esto, se hace necesario acudir a las características generales del Código Penal mexicano de 1931, al documento que a manera de exposición de motivos circuló en su oportunidad, con el acuerdo de la comisión redactora, como en las respectivas exposiciones de motivos o documentos relacionados que han acompañado a las reformas posteriores. MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal mexicano..., p. 674.

cia social o en instituciones privadas asistenciales. Este trabajo se llevará a cabo en jornadas dentro de periodos distintos al horario de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral y bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora.

El trabajo en favor de la comunidad puede ser pena autónoma o sustitutivo de la prisión o de la multa.

Cada día de prisión será sustituido por una jornada de trabajo en favor de la comunidad.

La extensión de la jornada de trabajo será fijada por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Por ningún concepto se desarrollará este trabajo en forma que resulte degradante o humillante para el condenado".

A su vez, dentro de las medidas no privativas de libertad, el Código Penal Federal establece una distinción de difícil comprensión:

1. Como medidas de seguridad privativas de libertad se incluyen:
   a) El internamiento en centro psiquiátrico.
   b) El internamiento en centro de deshabituación.
   c) El internamiento en centro educativo especial.

La base del sistema de medidas de seguridad lo constituyen estas tres medidas de internamiento previstas, respectivamente, para los sujetos inimputables mencionados en los artículos 67[581] y 69 bis,[582] del Código Penal Federal respectivamente. Es decir, de aquellos sujetos que al tiempo de cometer la infracción penal:

[581] "Artículo 67.- En el caso de los inimputables, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente.

Si se trata de internamiento, el sujeto inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento.

En caso de que el sentenciado tenga el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, el juez ordenará también el tratamiento que proceda, por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio médico bajo la supervisión de aquélla, independientemente de la ejecución de la pena impuesta por el delito cometido."

[582] "Artículo 69 bis.- Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII, del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor."

1. Padecieran de anomalía o alteración psíquica;
2. Se hallaren en estado de intoxicación por el consumo de determinadas substancias o bajo el síndrome de abstinencia; y
3. Tuvieran gravemente alterada la conciencia a causa de alteración de sus facultades de la percepción.

2. Como medidas no privativas de libertad se incluyen:
   a) la prohibición de estancia y residencia en determinados lugares.
   b) la suspensión de derechos es de dos clases, de acuerdo con el artículo 45 del Código Penal Federal:[583]
      i. La que por ministerio de la ley resulta de una sanción como consecuencia necesaria de ésta, y:
      ii. La que por sentencia formal se impone como sanción.

En atención a lo anterior, CARRANCÁ Y TRUJILLO considera que colocadas al lado de la pena, las complementan y acompañan mediante el sistema intermedio. Déjase así para las penas, la aflicción consecuente al delito y aplicable sólo a los delincuentes normales.[584]

Por su parte, PLASCENCIA VILLANUEVA, propone un concepto de medidas de seguridad más acorde con la realidad y necesidades del sistema judicial en México: "especiales medios de prevención del delito o de corrección del delincuente, que se imponen con apego a la ley por el órgano jurisdiccional competente, a individuos imputables o inimputables, para la protección de la sociedad".[585]

Dentro de esta definición PLASCENCIA VILLANUEVA distingue los elementos siguientes:[586]

a) Especiales medios preventivos.
b) Correctivos del delincuente.
c) Que se imponen con apego a la ley.
d) Impuesta por el órgano jurisdiccional competente.
e) Aplicable a delincuentes imputables o inimputables.
f) Para la protección de la sociedad.

[583] "Artículo 45.- La suspensión de derechos es de dos clases:

I. La que por ministerio de la ley resulta de una sanción como consecuencia necesaria de ésta; y

II. La que por sentencia formal se impone como sanción.

En el primer caso, la suspensión comienza y concluye con la sanción de que es consecuencia.

En el segundo caso, si la suspensión se impone con otra sanción privativa de libertad, comenzará al terminar ésta y su duración será la señalada en la sentencia."

[584] CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal mexicano..., p. 517.

[585] PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, Teoría del delito..., p. 203.

[586] *Ibidem*, pp. 203-205.

Al respecto, nuestro Máximo Tribunal ha sustentado la tesis siguiente:

"TRATAMIENTO EN SEMILIBERTAD, SU OTORGAMIENTO NO REQUIERE EXIGIR GARANTÍA ALGUNA. Del análisis de los artículos 27, 70, 72 y 76, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal se advierte que salvo el supuesto en que haya lugar a la reparación del daño, que puede dar lugar a que se exija garantía para asegurar su pago, para la procedencia de la sustitución de prisión por el beneficio de tratamiento en semilibertad, únicamente es menester que el sentenciado, además de no ser merecedor a una pena mayor a la de tres años de prisión (en la Ley vigente es hasta cinco años), reúna los requisitos señalados en la fracción I, incisos b) y c) del artículo 90 del multicitado código, que consisten en que sea la primera vez que incurre en delito intencional, que haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible y que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidad y móviles del delito, se presuma que no volverá a delinquir. Por tanto, sólo en la hipótesis de que se hubiese condenado al sentenciado a la reparación del daño, se podrá exigir válidamente fianza u otra garantía para asegurar su pago, como requisito para el otorgamiento del mencionado beneficio, de conformidad con el artículo 76 del referido código sustantivo, ya que no existe disposición alguna que autorice en forma expresa al juzgador a requerirla en cualquier otro caso para su concesión".

Octava Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Tomo: Tomo II, Parte SCJN. Tesis: 363, Página: 200.

2. *Medidas de seguridad para inimputables como alternativa de prisión*

La respuesta jurídica que debe darse en los casos en que un sujeto con anomalías de carácter psíquico realiza hechos constitutivos de delito se encuentra rodeada de más dificultades que las propias de la reacción penal ante sujetos plenamente responsables. Frente a estos últimos, los conceptos de culpabilidad y responsabilidad así como las exigencias de la proporcionalidad de la pena, a pesar de que no estén exentos de problemas de concreción, ofrecen un bagaje garantizador mucho más completo que el proporcionado por conceptos tan resbaladizos como el de peligrosidad, enfermedad mental o pronóstico de comisión de futuros delitos que entran en juego cuando se trata de sujetos afectados por alguna clase de anomalía psíquica. En el esquema teóricamente claro y equilibrado del sistema dualista, la imposición de una pena a un sujeto plenamente responsable se

fundamenta en la demostración de su culpabilidad, mientras que en los sujetos irresponsables que no pueden recibir la aplicación de la pena, debe ser aplicada una medida de seguridad basada en la peligrosidad y dirigida a eliminarla. Sin embargo, mientras que en el caso de las penas la necesidad de demostrar la culpabilidad como fundamento del castigo es clara, en el caso de las medidas de seguridad aplicables a sujetos declarados irresponsables, la exigencia de que se demuestre su peligrosidad como fundamento de la medida no ha aparecido siempre con la suficiente nitidez.

Nuestro Código Penal Federal, en su capítulo V, "Tratamiento de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, en internamiento o en libertad", prevé el artículo 67:

> *"En el caso de los inimputables, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente".*
>
> *"Si se trata de internamiento, el sujeto inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento".*

Lo cierto es que tal interpretación había sido ya permanentemente cuestionada por la doctrina desde distintos puntos de vista, entre ellos, el constitucional.

Efectivamente, pese a que las medidas de seguridad no son formalmente iguales a las penas, tanto unas como otras se encuentran presididas por la misma orientación que el artículo 18 constitucional sitúa en la readaptación social; por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido con claridad que el distinto fundamento de las penas y las medidas no puede servir para que se prive a estas últimas de las garantías propias de la aplicación de las penas, lo que significa que en materia de medidas de seguridad adquieren plena vigencia el principio de legalidad y las garantías incluidas en el derecho de defensa; y entre éstas se encuentra la presunción de inocencia, concepto acuñado para la prueba de la culpabilidad como fundamento de la pena, pero que se extiende a la peligrosidad como fundamento de la medida de seguridad.

Al tener en cuenta lo anterior, la exigencia del pronóstico de peligrosidad como fundamento de la aplicación de internamiento a los declarados inimputables se encuentra claramente establecida en el artículo 67, párrafo segundo, del Código Penal Federal.

Si en materia de penas se insiste cada vez más en que la prisión debe ser el último recurso y en que deben buscarse reacciones pena-

les distintas a la privación de libertad, tal planteamiento es trasladable al internamiento de inimputables por varios motivos. En primer lugar, porque el internamiento terapéutico es, igual que la pena de prisión, una privación de libertad cuya aplicación indiscriminada no puede legitimarse en los pretendidos efectos beneficiosos que ejerce sobre el sujeto. La libertad, además de ser un derecho fundamental, es un valor superior del ordenamiento jurídico y no puede ser limitada más que en los casos estrictamente necesarios.

En segundo lugar, si el internamiento no resulta estrictamente necesario para lograr la readapatación social del inimputable, se convierte en una medida puramente segregadora y defensista, que, como se ha dicho, se opone a la orientación constitucional común a las penas y a las medidas de seguridad que establece su artículo 18.

Por último, no puede afirmarse que la sustitución material de los centros psiquiátricos y de tratamiento sea mucho mejor que la de los establecimientos de cumplimiento de penas, ni cabe esperar que el tratamiento aplicable a los internos esté en condiciones de asegurar en todo caso un resultado con éxito. Incluso desde el punto de vista médico, son conocidas las opciones psiquiátricas contrarias a la reclusión como medio de tratamiento y favorecedoras de otro tipo de intervenciones sobre el deficiente psíquico, que le mantengan en contacto con su medio social.

Sin pretender concluir, esta reflexión enlaza con las consideraciones introductorias. Gran parte del problema radica en que tanto el concepto de "anormalidad" como el recurso al internamiento se encuentran frecuentemente más condicionados por las circunstancias sociales del sujeto y por la pretensión de segregarlo de su medio social que por un análisis realista de las posibilidades de tratamiento y su adecuación a las características concretas del caso. Esa tendencia a la segregación es la que propicia que el internamiento sea frecuentemente la medida indiscutible, y hace que el Estado tienda a desentenderse de la posterior evolución del sujeto. Un cambio en la consideración del deficiente psíquico como un elemento extraño en el cuerpo social, la aplicación estricta de las garantías del Estado de Derecho en las decisiones judiciales que le afectan y sobre todo, en el proceso de aplicación de las medidas, son exigencias mínimas de la intervención penal en estos casos.

3. *Medidas de seguridad en el sistema vicarial*

El sistema vicarial, es en realidad una variante del de la doble vía y pretende ser una solución paliativa de los inconvenientes que presentan los sistemas ya mencionados. Conforme a él, durante la etapa de ejecución, la pena puede ser sustituida por la medida de seguridad, cuyo cumplimiento se restará de la duración de la pena; lo que de ésta quede, será cumplido posteriormente o se suspenderá su ejecución, a criterio del juez (esto en atención, a la desaparición o no de la peligrosidad del delincuente, pero también a exigencias de prevención general). Su aplicación interesa para imputables muy peligrosos, particularmente si de la medida se deriva privación de libertad.

En el caso de los inimputables a los que se determine la aplicación de una eximente incompleta, no sólo procederá una aminoración de la pena, sino que además el juzgador podrá acordar la imposición de alguna de las medidas de seguridad, previstas en los artículos 24, 67 y 69 bis, del Código Penal Federal.

Téngase en cuenta que también para el supuesto de la eximente incompleta, el presupuesto para la aplicación facultativa de una medida es que la pena impuesta sea privativa de libertad (artículo 67 del Código Penal Federal). Lo que sin duda conduce a su determinación concreta, pues nos encontramos ante un sujeto en alguna medida responsable penalmente.

En cuanto a sus inconvenientes, podemos destacar, entre otros, el excesivo arbitrio que se confiere al juez, la dificultad práctica de su aplicación y el propiciar cierta confusión entre pena y medida. No obstante, las perspectivas de viabilidad de este sistema vicarial parecen más optimistas en relación con las anteriores, ya se aplique exclusivamente o en combinación con otro, particularmente el dualista, del que no hay que olvidar que es su variante.

IV. Concurso de delitos y de leyes

El estudio del concurso de infracciones suele abordarse por los autores bajo la rúbrica "unidad y pluralidad de delitos", considerándose que el ámbito propio de la teoría del concurso de delitos[587] viene determinado por la concurrencia de una pluralidad de infraccio-

[587] *Cfr.* entre otros Carrancá y Trujillo, Raúl. *Derecho penal mexicano*..., p. 501; Castellanos Tena, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho penal*..., pp. 298-299; Pavón Vasconcelos, Francisco. *Derecho penal mexicano*..., p. 166; Villalobos, Ignacio. *Derecho penal mexicano*..., p. 567; Plascencia Villanueva, Raúl. *Teoría del delito*..., p. 227. En contra de esta postura se encuentran Malo Camacho, Gustavo. *Derecho penal mexicano*..., p. 231; Porte Petit, Celestino Candaudap. *Apuntamientos de la parte general de Derecho penal*..., pp. 101 y ss.

nes,[588] lo cual prevé nuestro Derecho positivo en los artículos 18, 19 y 64 del Código Penal Federal. La jurisprudencia lo ha definido en los términos siguientes:

> "**ACUMULACIÓN REAL Y ACUMULACIÓN IDEAL. CONCEPTO DE.** En la acumulación real o concurso material de delitos éstos son producto de varias acciones u omisiones, mientras que la característica esencial de la acumulación ideal o concurso formal es que con una sola acción u omisión se originan diversas violaciones a las normas penales".
>
> Sexta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Tomo: II, Parte SCJN. Tesis: 12, Página: 8.

1. *Unidad y pluralidad de delitos (concurso de delitos)*

Al concurrir varias infracciones legales, inmediatamente surge la cuestión de si la pluralidad de infracciones es sólo aparente de modo que sólo cabe aplicar uno de los preceptos en juego o, si por el contrario, la concurrencia es auténtica en el sentido de requerir una valoración completa del hecho en la aplicación de todas las leyes infringidas,[589] lo anterior es sustentado por la Primera Sala, en la tesis 1a./J. 5/93, publicado en el Tomo 75, Marzo de 1994, de la Octava Época, visible en la página 11 del Semanario Judicial de la Federación, bajo la rúbrica:

> "**CONCURSO DE DELITOS POR DOBLE HOMICIDIO, RESULTA INAPLICABLE POR EL JUEZ, CUANDO NO LO SOLICITÓ EL MINISTERIO PÚBLICO.** Cuando en la secuela procesal se estima demostrada la existencia de un concurso real de delitos, cualquiera que sea el carácter de éste, para que el juzgador de instancia se encuentre en la aptitud de imponer las que correspondan, sólo por el de mayor entidad o bien acumularlas por cada ilícito demostrado hasta por un monto que queda a su criterio, es evidente que conforme a una correcta técnica procesal, dicha actuación judi-

[588] En este sentido MALO CAMACHO, Gustavo. *Derecho penal mexicano*..., p. 231, con la terminología utilizada al respecto, vale señalar, que el tema aparece descrito en formas diversas, entre otras: "concurso aparente de normas", "concurso aparente de leyes", "concurso ficticio de leyes", "concurso aparente de tipos", "concurso aparente de delitos", "concurrencia de normas incompatibles entre sí", "colisión de normas penales", "concurso ideal impropio", "conflicto aparente de normas", etcétera.

[589] Para profundizar en los antecedentes del tema a tratar *cfr.* en nuestro Derecho positivo Pavón Vasconcelos, Francisco. *Concurso aparente de normas*, Porrúa, México, 1994, pp. 45-48.

> cial debe sustentarse a los lineamientos del pliego de conclusiones del Ministerio Público, quien es el titular indiscutible de la acción penal, mismo que por ser un órgano técnico, no corresponde al juez subsanar sus deficiencias u omisiones, de manera que si en la acusación omite esgrimir pedimento alguno para sancionar al procesado como responsable de un concurso real de delitos, a pesar de la prueba de éste, es obvio que dicho funcionario judicial se encuentra legalmente impedido para sancionar por ese concepto, por no existir acusación de parte de quien correspondía hacerla. En efecto, conforme al artículo 21 constitucional, el juzgador tiene una amplia potestad sancionadora, la cual constituye una de sus funciones inmanentes, sin embargo, la misma no puede ser absoluta, oficiosa, ni arbitraria, pues atento a los principios de legalidad, exacta aplicación de la ley penal, de defensa para un procesado y de equilibrio procesal de las partes, que se deducen de los preceptos 14, 20 y 21 de la Carta Magna, esa actuación punitiva judicial debe ser consecuencia de previa petición por parte del titular de la acción penal; de modo que, cuando éste omita efectuar consideración a ese respecto, no cabe justificar la imposición de las penas, subsanando la deficiencia ministerial, en detrimento a las garantías del acusado pues el argumento de que solamente corresponde a la autoridad judicial la imposición de las penas, deviene ineficaz en razón de que ésta, como se ha dicho, no es arbitraria, sino acorde y consecuente a una normatividad y a un Estado de Derecho en vigor, pues admitir lo contrario equivaldría a trastocar el sistema penal vigente hacia una postura eminentemente inquisitiva".

De igual forma con la tesis siguiente:

> "**CONCURSO REAL DE DELITOS. SI EL MINISTERIO PÚBLICO NO PROPONE LA APLICACIÓN DE ESA FIGURA EN SUS CONCLUSIONES ACUSATORIAS, EL JUEZ NO DEBE HACERLO EN SU SENTENCIA.** De una interpretación sistemática de los artículos 292 y 293 del Código Federal de Procedimientos Penales, respecto de los requisitos técnicos que deben satisfacer las conclusiones del Ministerio Público, se advierten los siguientes: 1) Que el Ministerio Público debe formular sus conclusiones por escrito; 2) Que en ellas deberá efectuar una relación de los hechos demostrados durante el proceso; 3) Deberá proponer las cuestiones de Derecho aplicables, a través de la cita de leyes, jurisprudencias, ejecutorias y doctrina aplicables; y, 4) Terminará su pedimento en proposiciones concretas, fijando con exactitud los hechos delictuosos que se atribuyen al acusado, solicitando la aplicación de las sanciones correspondientes. Por tanto, si esa representación, al formular

las conclusiones que le corresponden, no obstante haberse demostrado en el proceso la existencia de una acumulación real de delitos, no realiza una exposición breve y metódica de los hechos que configuran esa concurrencia material de delitos, ni propone la aplicación de dicha figura jurídica, es evidente que al hacerlo el juzgador en su sentencia viola, en perjuicio del reo, las garantías de legalidad, exacta aplicación de la ley, seguridad jurídica, defensa para todo individuo sujeto a un proceso de naturaleza penal, y debida actuación de las partes en un procedimiento de esa naturaleza, sustentadas en los artículos 14, 16, 20, apartado A, fracción IX y 21 de la Carta Magna, porque la actuación de la autoridad judicial al momento de dictar sentencia definitiva, debe estar limitada formal y materialmente a los lineamientos establecidos en el pliego acusatorio del Ministerio Público, no existiendo la posibilidad de ir más allá del mismo, pues de lo contrario es evidente que se estaría supliendo la deficiencia de la acusación en perjuicio del acusado."

Tesis aislada. Materia(s): Penal. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XV, Abril de 2002, Página: 1233, Tesis: X.3o.30 P.

Las posibles combinaciones son variadas: cabe que una acción vulnere varias veces la misma ley penal; o que una acción infrinja varias leyes penales; por último, que varias acciones vulneren la misma o distintas leyes penales.

Como puede observarse, la frontera entre el concurso de leyes y el de delitos, entre la concurrencia auténtica y la impropia, no siempre está bien definida, por ello, corresponde a la teoría y la jurisprudencia la determinación de los supuestos en que las plurales leyes lesionadas se excluyen entre sí o deben ser aplicadas conjuntamente para la valoración total del hecho, labor que, en suma conlleva una interpretación de los tipos.

Sin embargo, no es verdad que la autoridad judicial viole el artículo 19 de la Constitución, al dictar por ejemplo cuatro autos de formal prisión en contra de una persona, por diversos delitos, cuando los hechos delictuosos no constituyen sino un solo delito continuado, que ameritaría se siguiera una sola averiguación y se dictara un solo auto de prisión preventiva, puesto que no es exacto que por el simple hecho de instruir cuatro averiguaciones, diversas, se viole por el juez dicha garantía individual, ya que se trata de hechos distintos que fueron consignados, y consecuentemente aparecían, y porque una vez practicadas las averiguaciones, si de las mismas aparece que hubo

unidad en esos diversos delitos, puede promoverse la acumulación de procesos para llegar a la unidad del procedimiento.[590] Sustenta este criterio la tesis 392, emitida por el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, en la octava época, Tomo II, Parte TCC, publicada en el Apéndice de 1995, visible en la página 222:

"**ACUMULACIÓN, REGLAS PARA DETERMINAR LA SANCIÓN EN CASO DE. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SONORA).** Una correcta interpretación del artículo 64 del Código Penal vigente en el Estado de Sonora, lleva a concluir que para determinar el *quantum* de las penas en caso de acumulamiento de delitos, lo procedente es determinar la sanción aplicable al delito que merezca pena mayor, hecho lo cual podrá o no incrementarse la propia sanción, para la comisión de los otros hechos punibles, con la obligación para el órgano jurisdiccional de expresar de manera adecuada los motivos o razones que tenga en cuenta para efectuar tal incremento de la sanción, de suerte que se aparta de la técnica, que para los casos de acumulación prevé el artículo precitado, cuando se determina individualmente la sanción correspondiente a cada delito para después sumarla".

1. Unidad de acción y de delito. El problema común a todos los supuestos citados es determinar cuándo hay una o varias acciones.[591] De entrada, hay que excluir la identificación entre acción y movimiento corporal y la identificación entre acción y resultado.[592]

[590] Ejemplo extraído de la Primera Sala, Tomo XLI, Quinta Época, publicada en la página 1808 del Semanario Judicial de la Federación.

Amparo penal en revisión 74/34. Camacho y del Río Fernando. 6 de julio de 1934. Mayoría de tres votos en cuanto al delito de peculado, siendo disidentes los Ministros Enrique Osorno Aguilar y Fernando de la Fuente; mayoría de cuatro votos, por lo que hace a los delitos de falsificación de documentos públicos y privados y falsificación de sellos, siendo disidente el Ministro Fernando de la Fuente; unanimidad de cinco votos por lo que concierne al delito de cohecho, uso indebido de sellos y uso indebido de documentos falsos a sabiendas de que lo son, así como para sobreseer por lo que refiere a los autos de formal prisión que la autoridad responsable pretende dictar en contra del quejoso, con motivo de otras consignaciones que se le hagan. La publicación no menciona el nombre del ponente.

[591] Los antecedentes en nuestro Derecho Positivo, consúltese entre otros a CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho penal mexicano*..., pp. 501 y ss.

[592] El concepto de acción, a estos efectos, no puede identificarse con la acción típica en el sentido de la teoría del tipo. Tampoco sirve a tales efectos el concepto jurídico-penal de acción que únicamente fija las exigencias mínimas que ha de cumplir el comportamiento humano para llegar a ser objeto de consideración jurídico-penal. Por ello, debe buscarse un "concepto autónomo de acción" que sustente la configuración del concurso, para determinar la unidad o pluralidad de su sustrato, que será independiente del que se utilice en la teoría general del

delito. En consecuencia, los conceptos causal, social y final de acción no desempeñan papel relevante en la teoría del concurso, pues aquí únicamente se trata de determinar cuándo los diversos fragmentos en que se descompone un comportamiento humano pueden ser contemplados por el Derecho Penal, no desde el punto de vista de su relevancia, sino de su unidad valorativa.

Al respecto, Luigi Conti afirma que si un hecho es regulado por una pluralidad de normas sucesivas en el tiempo, puede surgir un problema de conflicto de normas en el tiempo; de igual manera si eso sucede respecto de una pluralidad de normas diversas esferas de aplicación territorial, puede originarse un conflicto de normas en el espacio, pero si el hecho concreto aparece regulado por varías disposiciones contemporáneamente en vigor, puede surgir una situación por la cual alguna de tales disposiciones comprende tal hecho en todos sus elementos constitutivos. Si se da el caso de poder excluir la contemporánea aplicación de las demás normas, por ser sólo posible y permitido jurídicamente aplicar una sola que adquiere relevancia, hay un concurso de leyes.

Adolfo Merkel se refirió a la concurrencia de leyes como el caso "en que solamente existe un delito pero este único delito, por sus caracteres, puede ser sometido a diferentes leyes entre las cuales existe una porfía aparente por apoderarse del hecho. Esta definición destaca la inexistencia de un verdadero concurso; la pretensión de varias leyes para regular el caso concreto, desconociéndose el fenómeno de la concurrencia de las normas y, por último, que en realidad se da un solo delito, lo que impide la compatibilidad de las normas recurrentes, ya que una excluye a las demás".

Para Jakobs, en el concurso auténtico se presentan problemas en cuanto a los marcos penales (concurrencia de marcos penales) y conminaciones correspondientes. Así, se presentan varias posibilidades:

a).- Determinar la pena sólo por el delito más grave (absorción absoluta),

b).- Determinar la pena por todas las realizaciones delictivas a partir de uno sólo de los marcos penales (absorción del marco penal; así la resolución de *lege lata* para el concurso ideal, si uno de los marcos penales es el más grave, desde todos los puntos de vista o bien si todos los marcos son iguales),

c).- Determinar la pena a partir de cada marco por cada una de las realizaciones delictivas respectivas (así, la solución de *lege lata* para el concurso real),

d).- Formar un nuevo marco resultante de la combinación de los marcos disponibles (junto a la determinación de otras consecuencias jurídicas) a partir del cual, determinar la pena para todas las realizaciones delictivas (combinación: así de *lege lata* para el concurso ideal cuando las determinaciones de las consecuencias jurídicas individuales tienen distintos límites superiores, penas accesorias, etc.),

e).- Formar un marco nuevo más grave (aspiración del marco penal primario, así, antes por ejemplo en el concurso que daba lugar a reincidencia, versión antigua, por lo que se refería a la pena mínima).

En la medida en que a partir de un solo marco normativo haya que determinar la pena para varias realizaciones delictivas, se trata además de determinar cuánto representan en la determinación cada una de las realizaciones de delitos coincidentes en la pena unitaria; justo como importa por sí sola, o menos (así de *lege lata*) o más (así de *lege lata* en los concursos de delitos especiales, formulados en la parte especial, en los delitos cualificados por el resultado en algunos delitos complejos, como el robo).

Concursos de penas: Si a virtud del concurso auténtico (varias realizaciones delictivas), se ha incurrido también en varias sanciones (y en su caso, en otras consecuencias jurídicas también pluralmente), entonces hay que decidir acerca del concurso de las cuales se ha incurrido:

a. Existe la posibilidad de no ir más allá de todas las penas en que se ha incurrido, es decir de acumularlas, lo que en caso de consecuencias jurídicas del mismo género y acumulables desemboca en la adición (de *lege lata*), según la doctrina dominante en caso de varias cadenas perpetuas; facultativamente en la multa junto a la privativa de la libertad en varias condenas sin posibilidad de posterior formación de la pena global;

b.- No obstante, en otro acto ulterior de determinación, las penas en que se ha incurrido se pueden conectar también hasta formar una global, lo que a su vez (junto a algunas variantes en definitiva idénticas o no discutibles) puede llevarse a cabo mediante adición (acumulación disimulada y en definitiva igual a ésta), o bien, mediante agravación de la más grave (aspiración de la pena), esta agravación puede tener lugar o bien dentro del marco penal que admite la pena más grave, o bien en un marco combinado.

En relación con la terminología que utiliza, resultan necesarias las siguientes aclaraciones: a la exclusión de una formulación del tipo penal, junto con su conminación penal, que tienen lugar en el concurso de leyes, se le denomina principio de exclusión, lo que no siempre es completamente correcto, dado que la conminación penal desplazada (junto a sus otras consecuencias jurídicas) puede decidir sobre lo mínimo en que se ha incurrido. El principio de acumulación (de adición) no se limita, frente a la exposición que se suele hacer, a los supuestos ya esbozados *supra*, sino que se aplica siempre materialmente de modo indiscutido a aquellas consecuencias jurídicas que ya se han ejecutado, si se llega a la condena por otro hecho o a la ejecución de otra consecuencia jurídica. Con el nombre de principio de combinación se designa la acumulación de todas las cualidades agravatorias -o, en los privilegios, favorecedoras- de las consecuencias jurídicas con que se conmina. Muy difundida se encuentra la afirmación de que la ley sigue en el concurso real el principio de aspiración y en el concurso ideal el principio de absorción. Esta afirmación necesita ulterior aclaración-incluso limitándola a penas y excluyendo el concurso de penas privativas de la libertad y multa, así como la determinación del límite inferior de la pena- desde dos ángulos. Por una parte, en el concurso ideal, todas las realizaciones del delito que coinciden son relevantes para la determinación de la pena, es decir, causas de su agravación, aun cuando no en un marco penal ampliado, así pues (ya) no se amplía una absorción de marco penal en la aspiración de la medida. Por otra parte, el Derecho vigente sitúa los principios de solución en diversos escalones. En el concurso ideal se decide ya el concurso entre las conminaciones penales (solución primaria, orientada a la medición de la pena), en el concurso real sólo entre las penas en que se ha incurrido. La absorción del marco penal y la aspiración de la medida en el concurso ideal tienen lugar, pues ya antes del escalón en el que hay que agravar en el concurso real. El principio de solución aplicable al concurso real se denomina principio de aspiración sobre todo porque se agrava la pena más grave de entre aquellas en las que se ha incurrido. Obviamente ello sólo entraña, frente al concurso ideal, una diferencia en el escalón de solución. También en el concurso ideal o las realizaciones de tipo en que se reúnen agravan la pena que en otro caso se impondría.

Por tanto, si se trata de un conflicto de delitos la problemática jurídica deberá resolverse conforme a los principios que rigen la concurrencia de normas penales incompatibles entre sí, esto es, de especialidad, consunción o absorción, alternatividad o subsidiariedad.

El principio de consunción o absorción (al que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Jurisprudencia que se comenta denomina subsunción), opera en

Una sola acción, en sentido jurídico, puede contener varios movimientos corporales, tal es caso por ejemplo de la violación con violencia moral, robo con lesiones, previsto en el artículo 315 bis en relación con el artículo 320, ambos del Código Penal Federal, o dar ocasión a que se produzcan varios resultados como puede ser, el hacer explotar una bomba y como consecuencia produzca la muerte de varias personas. Son, en consecuencia otros los factores que contribuyen a fijar el concepto de unidad de acción. En este sentido, son aplicables los criterios jurisprudenciales siguientes:

> "**HOMICIDIO Y VIOLACIÓN, ACUMULACIÓN DE SANCIONES EN LOS DELITOS DE.** Hay posibilidad jurídica de acumulación de sanciones en los delitos de homicidio y violación, pues las figuras citadas tutelan bienes jurídicamente distintos, ya que, mientras en la violación se tutela la libertad sexual, en el homicidio es la vida el bien jurídico que se protege; la acumulación es imposible, cuando se va de una violación menor a una mayor, pero siempre que se trate del mismo bien jurídico lesionado, como sucede en lesiones leves en relación con las más graves, o en las lesiones, cualquiera que sea su gravedad, y la muerte".
>
> Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: CXXX. Página: 469.
>
> "**VIOLACIÓN. NO HAY CONCURSO REAL DE DELITOS CUANDO SE COMETE EN EL MISMO LAPSO Y NO HA CESADO EL MEDIO COMISIVO DE LA VIOLENCIA, INDEPENDIENTEMENTE DE LAS VÍAS POR LAS CUALES SE COMETA.** De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal, existe concurso real cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos; por lo que si el activo en el delito de violación, previsto en el artículo 265 del ordenamiento legal citado, lleva a cabo la cópula por diversas vías, vaginal y anal, en una sola conducta, ejerciendo violencia, en un solo hecho circunscrito en la misma temporalidad, momento, unidad de acción final y una sola voluntad (dolo), no se está en presencia de dos delitos de violación, determinados por cada una de las vías impuestas por el activo, ya que de estimar lo contrario se llegaría al extremo de considerar tantos delitos de violación como penetraciones hubiesen tenido lugar, con lo cual se estaría dividiendo la conducta y, en consecuencia, imponiendo diversas sanciones, por lo que se trastocaría la garantía de seguridad jurídica consagrada en el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conocida por la doctrina como principio *non bis in idem*; por tanto, al realizarse el delito en un solo lapso y sin que cesara la violencia como medio comisivo, no puede ser considerada como concurso real de delitos, que requiere pluralidad de acciones autónomas y sin vinculación alguna, ni en el tiempo ni en el lugar; por ende, en la especie se trata de un solo delito, sin perjuicio de que la cópula por dos vías sea tomada en consideración para graduar la culpabilidad conforme a lo dispuesto por los artículos 51 y 52 del Código Penal de referencia."
>
> Regto: 187,040. Tesis aislada. Materia(s): Penal, Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XV, Abril de 2002, Página: 1376, Tesis: I.7o.P.1 P.

cinco supuestos: a) cuando el bien tutelado por la norma de mayor alcance o amplitud, comprende el tutelado por la otra norma de menor alcance; b) cuando el hecho previsto por la norma de menor amplitud, es elemento o circunstancia de la norma de mayor amplitud; c) cuando los medios exigidos en el tipo son de mayor amplitud que los exigidos en la norma consumida; d) cuando los medios exigidos en el tipo, corresponden a una figura delictiva descrita autónomamente; y e) en las hipótesis del hecho anterior y hecho posterior.

El primero de ellos es el *factor final*, es decir, la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados, por ejemplo en el homicidio, la voluntad de matar unifica y da sentido a una serie de actos, como comprar y cargar la pistola, acechar a la víctima, apuntar y disparar; o, en el robo, la voluntad de apropiarse de la cosa, unifica y da sentido a los distintos actos de registrar los bolsillos de un abrigo, etcétera.

El segundo *factor es el normativo*, es decir, la estructura del tipo delictivo en cada caso particular. Así, aunque el factor final que rige un proceso causal sea el mismo (matar a alguien), alguno de los actos particulares realizados puede tener, aisladamente, relevancia para distintos tipos delictivos, por ejemplo, entre el delito de portación de arma de fuego y amenazas. Así lo sustenta el criterio que se cita a continuación:

> "**COMPETENCIA. CONCURSO REAL ENTRE LOS DELITOS DE PORTACIÓN DE ARMA PROHIBIDA Y AMENAZAS.** Si en contravención al artículo 83 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, el inculpado ya porta una pistola con la que amaga al pasivo, como el ilícito de portación de arma prohibida está consumado, ya que dicha consumación perdura en el tiempo, se trata entonces de acciones diferentes, constitutivas de un concurso real, motivo por el cual el fuero federal no puede atraerse al otro ilícito, debiendo el juez federal avocarse únicamente al conocimiento del ilícito de portación de arma y el de orden común al de amenazas."
>
> Séptima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 181-186 Segunda Parte. Página: 19.

Y, a la inversa, actos aislados, cada uno regido por un factor final distinto, pueden tener relevancia típica solo cuando se dan conjuntamente, por ejemplo, la falsificación de documentos privados solo es típica si se realiza con ánimo de perjudicar a un tercero, o tener relevancia típica distinta (artículo 245 del Código Penal Federal), pensemos en el robo con homicidio.

Sin lugar a dudas, en la época que estamos tratando se emitieron sentencias en las que se sancionó a personas por la comisión de varios delitos contra la salud, cuando conforme al criterio mencionado eran responsables de un solo ilícito, cometido con varias conductas típicas (o modalidades). Muestra de ello es que de agosto de 1958 a enero de 1964, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió cinco juicios de amparo directo y emitió la jurisprudencia firme que siguió el criterio de la unidad del delito contra la salud. La jurisprudencia, que corresponda a la Sexta Época, aún aparece publicada a fojas 179 del tomo II del Apéndice del Semanario Judicial de la Federación 1917-1995 y su texto dice:

> "**SALUD, DELITO CONTRA LA. MODALIDADES Y UNIDAD DEL.** El delito contra la salud puede configurarse por uno o más de los diversos medios especificados en el artículo 194, del Código Penal Federal que, aún con características típicas autónomas no constituyen sino modalidades del mismo delito cuya unidad subsiste a pesar de que el agente hubiera incurrido en varias de esas formas, mismas que el sentenciador debe tomar en cuenta fundamentalmente y específicamente al fijar el monto de la sanción".

La aplicación desmedida del criterio de la unidad del delito contra la salud, ejecutado con diversas modalidades o conductas típicas, puede llevar a aberraciones jurídicas. Por ejemplo, una persona, que radica en la ciudad de México, compra un kilogramo de cocaína la que después vende en pequeñas cantidades; posteriormente decide radicar en provincia en donde se dedica a la siembra de marihuana. Esta persona ha cometido tres conductas típicas, comprar y vender cocaína, y sembrar marihuana. ¿Ha cometido uno, dos o tres delitos contra la salud?

La aplicación literal del criterio de la unidad de delito conllevaría a decir que el sujeto del ejemplo planteado, cometió un solo delito contra la salud en tres modalidades. De seguir un criterio derivado exclusivamente del número de conductas, nos lleva a la conclusión de que cometió tres delitos contra la salud. El criterio correcto será el que determina que se trata de dos delitos contra la salud, el primero, compra y venta de cocaína; el segundo cometido en la modalidad de siembra de marihuana; por tanto, habrá también acumulación de sanciones.

Pero, ¿cómo distinguir cuándo hay unidad de delito cometido con varias modalidades; de la pluralidad de delitos? La respuesta la dará, sin lugar a dudas, el contexto de la ejecución de los hechos, para ello, habrá de considerarse fundamentalmente criterios de tiempo, lugar, modo y la unidad de estupefaciente relacionado con las conductas. Será labor del Juzgador en cada caso concreto apreciar y valorar las circunstancias en que se cometieron las diversas conductas para concluir si se trata de una unidad de delito o pluralidad de delitos. Tal criterio se ve claramente reflejado en abundante tesis aislada derivada de la ejecutoria dictada el doce de julio de 1967 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el juicio de amparo directo 4204/66, siendo ponente el Ministro Manuel Rivera Silva:

> "**DELITO CONTRA LA SALUD. CONSTITUYE UN SOLO DELITO A PESAR DE QUE SE COMETAN VARIAS DE SUS MODALIDADES (LEGISLACIÓN FEDERAL).** Para sentar un criterio firme debe definirse en forma precisa si cada modalidad de las previstas en el artículo 194, del Código Penal Federal constituye un delito aparte, lo cual significaría que hubiese acumulación real de cada modalidad cometida; o si por el contrario, aun realizándose dos o más modalidades en acciones distintas, únicamente se comete un solo delito. La cuestión no se decide con afirmar que se trata de un delito de los denominados alternativamente formados, pues con ello sólo se quiere decir que el tipo se da con cualquiera de las diversas conductas que se describen en forma alternativa, mas queda sin resolver el problema planteado, pues está clara que con cada una de las modalidades se configure el delito contra la salud; pero si se realizan varias modalidades se configure el delito contra la salud; pero si se realizan varias modalidades en ocasiones diferentes ¿se habrá cometido un solo delito o varios?, esto queda sin contestación, ya que la clasificación nada más se refiere a la manera como se formula el tipo en la ley. Ahora bien, el delito que nos ocupa, tutela como bien jurídico la salud humana en cuanto la protege de los daños causados por drogas enervantes o sustancias preparadas para un vicio que envenene al individuo o degenera la raza. Trata de impedir que tales drogas o sustancias lleguen a manos de las personas que las consumen, ya que el daño se produce cuando alguien, en menoscabo de su salud, hace uso de las mismas. El legislador no sólo pena la acción última consumativa del daño, consistente en suministrar ilícitamente la droga al vicioso, sino que castiga todo acto que pueda ser antecedente eficaz para tal propósito, cualquier acción preparatoria del daño; y así prohibe todos los actos que

concurren en él. Proceso necesario para la acción consumativa del daño, como lo son la elaboración técnica o cultivo de sustancias o plantas que sirvan para producir enervantes, su adquisición onerosa o gratuita, su posesión, su tráfico o su suministro. Así quedan tipificadas en el mismo plan y con idéntica pena para las conductas consumativas del daño y todas aquellas que se estima que constituyen actos preparatorios del mismo y que, de alguna manera, contribuyen en el proceso que culmina con su consumación. De tal manera, que si un individuo interviene en diversas operaciones (catalogadas como modalidades), mediante acciones independientes realizadas en ocasiones distintas, integrantes de un proceso tendiente a hacer llegar determinadas cantidades de ciertos concretos estupefacientes a manos de quienes van a utilizarlos, en realidad está atacando con distintas conductas un solo bien jurídico tutelado, como lo es la salud de los posibles destinatarios de la droga que concretamente (en cantidad y calidad) fue objeto de sus actividades. O sea, sus diversas conductas (modalidades), son solamente partes, estados de un proceso tendiente a causar un daño en la salud de personas indeterminadas. Aun cuando se efectúen todas las modalidades requeridas para producir el daño con una droga concretamente individualizada (compra de semillas, siembra, cultivo, posesión, tráfico y suministro al vicioso), sin embargo solamente se causa un solo daño, el que es capaz de producir la naturaleza y cantidad del enervante y exclusivamente se ataca un solo bien jurídico. Por eso, la medida del daño potencial no la da el número de modalidades realizadas, ni el grado de avance hacia su consumación, pues en cualquier caso la magnitud del daño sería la misma. La verdadera medida del daño al bien jurídico protegido es la cantidad y calidad de la droga materia de las modalidades. A pesar de que se penan todos los actos, que propiamente tienden al suministro de la droga o enervante, sin embargo lo que se trata de impedir al castigarlos, es la consumación de un solo daño, prohibición que tutela el bien jurídico consistente en la salud de los posibles consumidores del estupefaciente. Este único bien jurídico y ese único posible daño consumativo, son los que dan unidad al delito y que es uno a pesar de las distintas conductas que se tipifiquen, por ser preparatorias del ataque al bien tutelado: el daño a la salud. Así pues, cuando se realizan diversas conductas en acciones y ocasiones diferentes, relativas a una única y concreta clase y cantidad de enervantes, estamos en presencia de un solo delito. Si, además, el agente comete acciones catalogadas como modalidades, sobre otros enervantes diferentes, o sea sobre otro objeto material del ilícito, entonces habrá otro delito diverso. Las anteriores conclusiones no impiden establecer que el número de modalidades realizadas por un determinado acusado, sí tienen trascendencia para la cuantificación de la pena, pues es evidente que denota más peligrosidad quien interviene en varias

operaciones tendientes al suministro del enervante, que quien lo hace en una sola vez, porque contribuye en mayor medida al daño y revela más alto índice de tendencia a delinquir".

La Suprema Corte dijo debería prevalecer el criterio de que es en el auto de formal prisión en donde se debe analizar la problemática de subsunción de modalidades del delito contra la salud. El criterio adoptado se adecua al principio de legalidad, puesto que si en el auto de formal prisión se debe determinar el delito o delitos por los cuales ha de seguirse el proceso penal, conforme lo establece el artículo 19 constitucional, es evidente que deberá precisarse la modalidad que se acredite conforme a las pruebas existentes. Esto, además, contribuye a la garantía de audiencia que debe otorgarse a todo procesado considerado probable responsable de la comisión de un delito.

La Jurisprudencia de la Suprema Corte dice:

> "**AUTO DE FORMAL PRISIÓN. ES EN ESA RESOLUCIÓN CUANDO DE SER PROCEDENTE DEBE DECRETARSE LA SUBSUNCIÓN DE MODALIDAD EN UN DELITO CONTRA LA SALUD**. Al pronunciarse auto de formal prisión, de conformidad a lo dispuesto en la parte inicial del primer párrafo del artículo 19 de la Constitución General de la República en vigor, en el delito contra la salud que se contraen los artículos 194 y 195 del Código Penal Federal, reformado por el artículo primero del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, en vigor el primero de febrero del mismo año, debe decretarse la subsunción de modalidades. En el caso de que así proceda, como cuando quien transporta un estupefaciente que forzosamente poseyó, ya que en este sentido la posesión queda comprendida dentro de la transportación, sin perder de vista que cualquiera que sea la modalidad, el delito permanece en su unidad como una infracción penal, ya que para la subsunción no es factible sancionar simultáneamente ambas modalidades y que técnicamente debe conservarse la menos genérica o más específica, pero si por un error de técnica jurídica por determinadas situaciones procesales, el hecho se aprecia dentro de la hipótesis más general posesión, con exclusión de la particular transportación no se violan las garantías del acusado por el hecho de que una modalidad absorba a otra, significa sólo que no pueden considerarse ambas simultáneamente, pero si alternativamente".

Si el autor realiza varios delitos sucesivamente, o bien, si la ejecución de su comportamiento forma parte de varias realizaciones de delitos, se presenta el doctrinariamente denominado concurso de delitos. El

tema presenta diversos problemas en torno a la imputación, determinación y cumplimiento de la pena.

Inicialmente debe establecerse si en realidad concurren varios delitos o, si se está ante un concurso aparente, porque se trata del mismo delito formulado de diversos modos. Este último caso actualiza el concurso aparente de leyes (o unidad de leyes), conforme al cual, varias normas concurren en la determinación del delito, una de sus formulaciones agota la determinación del ilícito.

Si concurren delitos independientes, se trata de un concurso auténtico, en el que hay que imputar varias realizaciones del delito.

Consecuentemente, el problema del juzgador radica en determinar cuál norma debe aplicarse, con exclusión de las demás.

La dogmática penal ha destacado la importancia fundamental que en la estructuración de la ciencia del Derecho Penal tiene la sistematización de las materias que la conforman. Su importancia queda de relieve, cuando se trata de abordar los diversos problemas que se le presentan al juzgador en la interpretación de la ley, para resolver los casos concretos a los que ha de aplicar las normas penales. Así, el concurso aparente de normas ha sido ubicado por la doctrina en los diversos grupos de materia en que tradicionalmente se ha dividido el estudio de la ciencia del Derecho penal y, de ello depende la solución que se dé a un caso en el que concurren delitos y sanciones.

1º La posición clásica, ubica el concurso dentro de la teoría general de delito: concretamente, dentro de las formas de aparición del ilícito (Parte General del Derecho Penal).

2º Una segunda posición coloca el concurso aparente de normas dentro de la teoría general de la normas, esto es, en la teoría de la ley penal (Parte General de Derecho Penal), por estimar que los problemas que suscita al intérprete la aplicación de la ley, lo llevan al conocimiento de todos aquellos casos en los cuales hay convergencia de normas tendientes a la regulación del caso particular, sean esas normas o no, por su naturaleza, susceptibles de aplicarse simultáneamente.

3º Otra posición coloca el concurso aparente de normas en la teoría de la ley penal. Este particular punto de vista es sostenido por ADOLFO MERKEL, para quien su estudio corresponde al campo de las relaciones entre los delitos y las penas, así como al capítulo referente a la eficacia de la ley penal. Este mismo criterio es compartido por ERNEST VON BELING al abordar el estudio del "conflicto de leyes" dentro del título de la punibilidad subsidiaria, que ubica en la teoría de la pena, no obstante que el autor admite plenamente que los concursos deben resolverse mediante el procedimiento de la interpretación del contenido de las normas penales.

4º Un criterio más, sostenido por SEBASTIÁN SOLER, trata la teoría del concurso aparente en el capítulo relativo a la tipicidad y más particularmente, al referirse a la adecuación típica, porque es un problema que atañe a las relaciones de las figuras penales entre sí.

5º Por último hay autores para los que una correcta sistemática del concurso aparente exige su ubicación dentro de la teoría de la aplicación de las normas, es decir, que este especial problema lo colocan dentro de la interpretación de la ley penal. Tal criterio es adoptado en Italia por Felipe Grispigni, para quien el conflicto de normas incompatibles resulta un problema de aplicación de ley.[593]

El concurso de normas, encuentra solución conforme a diversos principios, a saber: especialidad, consunción y absorción, subsidiaridad, alternatividad.

El problema de la aplicación de la ley penal se encuentra íntimamente vinculado con el de la concurrencia de las normas jurídicas.

Aún cuando ordinariamente la jurisdicción penal, que culmina con la sentencia, se limita esencialmente a la declaración del Derecho, mediante la determinación de la norma singular que rige el hecho enjuiciado, así como su aplicación al caso particular; en ocasiones, el juzgador, en el examen del hecho, tiene que precisar, mediante el fenómeno de la investigación de las normas aplicables, cuáles de las concurrentes regulan el caso considerado. Mientras las normas concurrentes puedan coexistir, dice PUIG PEÑA, no se crea problema alguno; éste surge "en el momento en que las normas que vienen en concurrencia a disciplinar el mismo supuesto de hecho, se excluyan de tal modo entre sí que la aplicación de la una repele necesariamente la efectividad de la otra". En tal caso se le plantea al juez la tarea esencial "de eliminar de aquel material normativo que tiene a su disposición, una de esas normas que provocan el conflicto de concurrencia".[594]

Luego, la concurrencia de normas jurídicas comprende dos hipótesis distintas:

a) La concurrencia de normas compatibles, en la cual se presenta el concurso de delitos que origina la acumulación, y
b) La concurrencia de normas incompatibles, en la que el juez, mediante la aplicación del principio de elección, resuelve el conflicto a favor de una de ellas con exclusión de todas las demás.

[593] *Diritto Penale* Italiano, I, pp. 414 y ss., 2ª ed. Milano, 1947.

[594] Colisión de Normas Penales, Barcelona, Editorial Bosch, 1995, p. 10.

Esta última tarea excede, en opinión de algunos, la mera función interpretativa de la ley, ya que no se trata simplemente de precisar el alcance de las normas, sino de elegir de entre las concurrentes la que debe aplicarse, lo cual implica necesariamente la eliminación de las demás.

2. Unidad de acción y pluralidad de delitos (concurso ideal o formal). Cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos[595] (la bomba del terrorista mata a varias personas) o heterogéneos (la bomba mata y produce daños materiales) surge el llamado concurso ideal o formal,[596] al respecto la Primera Sala se ha manifestado con la tesis visible en el Tomo CXXVII, página 1045, del Semanario Judicial de la Federación bajo la rúbrica:

> "**CONCURSO IDEAL.** Puede existir unidad ideológica en el agente del delito, pero cuando la ejecución del designio criminal, por su propia naturaleza trae aparejado el daño a bienes jurídicos diversos, se está en presencia del concurso ideal que trae consigo la acumulación de penas que la ley señala".

Evidentemente no puede valorarse igual una acción que produce un solo delito, que esa misma acción que provoca varios delitos. En este último caso, la aplicación de uno solo de los tipos delictivos no agotaría la valoración plena del complejo delictivo. Sólo la aplicación simultánea de todos los tipos penales realizados por la acción, valora plenamente el suceso, si bien, luego, la pena total resultante de la aplicación de todos los tipos penales se limita con ayuda de ciertos criterios a los que después aludiremos.

En el concurso aparente de leyes, tal y como lo señala MEZGER,[597] el punto de partida coincide con el concurso ideal, pues en la misma acción unitaria concurren varias leyes penales (tipos penales), diferenciándose ambas, sin embargo, en que en el primero "una de las leyes desplaza y excluye de antemano a la otra. Por ello se habla también en

[595] En el mismo sentido DAZA GÓMEZ, Carlos. *Teoría general del delito*..., p. 385.

[596] Entre otros *cfr.* CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho penal mexicano*..., p. 501; Daza Gómez Carlos. *Teoría general del delito*..., pp. 381 y 382; Malo Camacho Gustavo. *Derecho penal mexicano*..., p. 231; Pavón Vasconcelos, Francisco. *Derecho penal mexicano*..., p. 567; Plascencia Villanueva, Raúl. *Teoría del delito*..., p. 229.

[597] *Tratado de Derecho penal*..., pp. 379-380.

ocasiones de concurso ideal aparente; parece, en primer término, que a la acción han de aplicarse al mismo tiempo varias leyes penales, mientras que, en verdad, uno de los puntos de vista jurídicos es consumido totalmente por el otro, y, en consecuencia, sólo se aplica en realidad a la situación fáctica una de las leyes penales".

Precisamente, la diferencia entre el concurso ideal y el concurso de leyes consiste en que en éste, aparentemente, son aplicables diversos preceptos penales, pero luego de una correcta interpretación se deduce que solo uno de ellos es realmente aplicable, mientras que en el concurso ideal todos los preceptos penales infringidos por la acción son aplicables, si bien con ciertas limitaciones respecto a la pena total aplicable. Sin embargo, las diferencias entre uno y otro concurso no son fáciles de trazar, esto depende de la configuración del tipo delictivo el que un mismo hecho, por ejemplo, la falsedad documental, pueda estar en concurso (ideal) de delitos o de leyes con otro, por ejemplo, el fraude. Si se trata de un documento privado, su falsificación sólo es punible si perjudica a otro (artículo 243, parte primera del primer párrafo del Código Penal Federal), por tanto se incluye ya en el tipo el desvalor constitutivo del fraude (artículo 386 del Código Penal Federal): si se trata de documento público, su falsificación (artículo 243, parte primera del primer párrafo del Código Penal Federal), es siempre delito, haya o no perjuicio de tercero, por lo que si se produce y constituye fraude, se castigará conforme a las reglas del concurso junto con el delito de falsedad, previsto en los artículos 247 a 248 bis del Código Penal Federal. Así se desprende de la tesis que se cita enseguida:

> "**FRAUDE Y FALSIFICACIÓN, ACUMULACIÓN DE LAS PENAS EN LOS DELITOS DE.** Si el fraude también quedó consumado, además de la falsificación, la tesis de que los hechos sólo debieron sancionarse como tal fraude, porque la falsificación sólo fue el medio para cometerlo, no puede prosperar, porque aunque doctrinariamente fuera sostenible, no puede aceptarse ante el texto expreso del artículo 251 del Código Penal en cuanto dispone la acumulación si la finalidad del falsificador se realiza y constituye, otro delito, por lo que no tiene aplicación el artículo 19 del mismo ordenamiento".
>
> Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXXV, Página: 750.

1. *Supuesto de hecho.* El concurso ideal se regula en el artículo 18 del Código Penal Federal: "existe concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos", ejemplo: el funcionario de co-

rreos se apodera del contenido de un sobre (dos delitos: infidelidad en la cuestión de documentos y robo); el golpe en la cara a una autoridad en el ejercicio de cargo (lesiones previstas en el artículo 289 y siguientes, y el delito de resistencia de particulares, artículos 180 y 181 del citado ordenamiento legal).

Problema básico para la aplicación de este precepto es establecer lo que se entiende por "un hecho". La unidad de hecho equivale a la unidad de acción antes citada. Por tanto, habrá unidad de hecho cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad y sea valorada unitariamente en un tipo penal. Sin embargo, esta unidad de hecho, para integrar el presupuesto de concurso ideal, tiene que dar lugar a la realización de varios tipos penales (dos o más delitos); por lo que el hecho voluntario único debe abarcar una pluralidad de fines (matar a varias personas con una sola bomba), de ahí que no haya tantos medios como fines, sino que el medio puede seguir como único, aunque los fines sean diversos.[598]

Realmente en este tipo de concurso no hay un solo hecho, sino dos perfectamente diferenciados; pero la conexión íntima entre los delitos cometidos, que es una relación teleológica de medio a fin, hace que el legislador los equipare, al concurso ideal propiamente dicho. En definitiva, más que un problema teórico, de si hay o no unidad de acción, de lo que se trata es de una cuestión práctica de si se debe tratar con un procedimiento (el del concurso ideal) u otro (el del concurso real). Lógicamente, cuando la conexión entre los diversos delitos es tan íntima que si faltase uno de ellos, no se hubiese cometido el otro, se debe considerar todo el complejo delictivo como una unidad delictiva y no como dos delitos distintos. Por eso la jurisprudencia y la doctrina exigen, y con razón, que este precepto sólo sea aplicable cuando exista una relación de necesidad, que debe ser entendida en un sentido real, concreto y restrictivo; de tal forma que no bastará el plan subjetivo del autor, sino que será preciso que el hecho sea constitutivo de otro tipo penal (por ejemplo falsedad-fraude). Sin embargo, la jurisprudencia aplica también el precepto, aunque no se dé esa identidad parcial entre los delitos (violación-lesiones). No obstante, si el desvalor que representa uno de los delitos es tenido en cuenta en la configuración de otro (el ataque a

[598] Lo que pretende el legislador es evitar que la producción de varios delitos equivalga automáticamente a la realización de varias acciones, ya que, entonces, la distinción entre concurso ideal y concurso real y, su incidencia en la determinación de la pena, no tendría sentido. Sin embargo, la dificultad de fijar cuándo hay un solo hecho o una sola acción y cuándo varias hace que, en la práctica, exista una gran inseguridad a la hora de apreciar una u otra modalidad concursal.

la libertad constitutiva de amenazas o coacciones es tenido en cuenta para configurar el delito de violación o robo, respectivamente los artículos 265 y 367 del Código Penal Federal), no procede apreciar el concurso de delitos en ninguna de sus modalidades, sino el delito que ya incluye en su tipificación y en su conminación penal el desvalor de esos otros delitos.

2. *Efectos jurídicos*. El problema del concurso es, en la práctica, fundamentalmente un problema de determinación de la pena; de ahí que los preceptos que lo disciplinan figuren entre las reglas de determinación o aplicación de la pena.

Ante el problema, el legislador tiene varias opciones, para la aplicación de la pena en el concurso ideal:

a) Principio de acumulación. La pena de cada delito se determina separadamente y luego se suman, es decir, resulta irrelevante que el juzgador no especifique cuál es en su concepto el delito mayor, cuál su pena y cuál el aumento correspondiente a los demás delitos, si en última instancia al fijar la pena definitiva virtualmente aplica las reglas de acumulación. Sin embargo, si los delitos no fueron consumados en un mismo hecho, o sea ejecutados en un solo acto, sino que se trató de infracciones cometidas a través de hechos destacables por su entidad autónoma y que se integraron por una diversidad de actos, no es aplicable el artículo 18 del Código Penal Federal, sino el artículo 64 del mismo ordenamiento. En este sentido, consúltense los siguientes criterios sustentados por nuestro Máximo Tribunal:

> "**ACUMULACIÓN REAL O MATERIAL DE DELITOS**. El artículo 64 del Código Penal Federal contempla un caso de acumulación real o material, correspondiente al llamado doctrinalmente concurso también material, que se da cuando un mismo agente comete en actos distintos varias infracciones penales; pero no se requiere que sean tres, sino que es suficiente con dos delitos en cuyo caso debe imponerse como base la sanción del delito más grave, a la que podrá aumentarse la pena correspondiente al otro delito, con tal que no exceda de los límites que el precepto señala".
>
> Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: CXXXI, Página: 559.
>
> "**ACUMULACIÓN (CONCURSO REAL), INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN CASO DE**. En los casos de acumulación (concurso real), de acuerdo con el artículo 64 del Código Penal del Distrito Federal, es cierto que puede el juez imponer únicamente pena por el delito de mayor entidad, pero se trata de una facultad potestativa y el juez puede imponer otras sanciones, por los demás

delitos cometidos, por estimar que la peligrosidad del sentenciado así lo amerita".

Séptima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Tomo: II, Parte SCJN, Tesis: 11, Página: 8.

b) Principio de la consunción o absorción. Este principio toma como punto de partida el desvalor de la conducta y el del resultado. El desvalor de la conducta se prohíbe para evitar la causación del resultado no querido socialmente y que precisamente por esto implica el desvalor del resultado. A su vez, tal desvalor se refleja en el grado de la pena. Se afirma, así, que hay consunción o absorción, cuando la pena inferida a tal desvalor "consume" o "absorbe" a la pena que deriva de otros delitos, cuya regulación formal queda consumida y absorbida por el desvalor de la conducta principal, es decir, se impone la pena correspondiente al delito más grave.[599]

c) Principio de especialidad. A este principio es aplicable la norma especial que, en sus elementos, contiene todos los elementos que previene la norma general, más algún otro elemento específico que los adiciona.[600] En este tenor, se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis siguiente:

"**PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. APLICACIÓN DEL.** Para determinar si se está en presencia de un concurso de leyes que debe resolverse mediante la aplicación del principio de la especialidad de la ley, se deben de tomar en cuenta dos requisitos; primero, que la conducta realizada por el acusado encuadre en el tipo legal descrito

[599] En el mismo sentido Daza Gómez, Carlos. *Teoría general del delito...*, p. 379.

[600] *Cfr.* al respecto Malo Camacho, Gustavo. *Derecho penal mexicano...*, pp. 234 y 236, refiere que la claridad de este principio y de su alcance, ha llevado a que una parte importante de la doctrina penal lo considere como criterio suficiente en la solución de los problemas relacionados con la concurrencia de las normas incompatibles. Éste ha sido el criterio seguido por el legislador penal mexicano, en su reforma a la ley penal. Con anterioridad a la reforma penal de 1983, el Código Penal expresamente se refirió al criterio de la mayor gravedad de la pena, en los términos de lo previsto en el precedente artículo 59 que expresaba: "cuando un delito puede ser considerado bajo dos o más aspectos, y bajo cada uno merezca una sanción diversa, se impondrá la mayor". La situación, en consecuencia, no aparecía regulada en función del contenido de la norma sino en función de la gravedad de la pena, de aquí que, de entrada, la reforma representó una evidente mejoría y avance de la legislación penal mexicana. La reforma incorporada adoptó el principio de especialidad, como forma de solución del conflicto aparente de normas.

en la ley especial, y segundo, que tanto ésta como la ley general, en sus respectivas disposiciones, contengan los mismos elementos; requisitos que se desprenden de la doctrina sobre el principio de la especialidad, que parte del supuesto de que una misma acción caiga bajo la esfera de dos preceptos penales que se excluyen entre sí, por lo que al recoger la ley especial todas las características fundamentales del tipo general y además alguna otra específica, como tener el sujeto activo la calidad de funcionario de una institución de crédito, es lo que determina la aplicación de la ley especial".

Octava Época. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XIII, Junio de 1994, Página: 629.

d) Principio de subsidiaridad. Al concurrir dos o más normas de aplicación posible a un mismo hecho, se considera que tiene aplicación la norma principal o primaria y no la subsidiaria, secundaria o supletoria. Al respecto, se ha señalado, con razón, que en realidad este principio guarda una estrecha relación con el contenido del principio de especialidad.

e) Principio de la pena unitaria, por el que se impone una pena unitaria sin consideración al número de las diversas infracciones delictivas.[601]

El artículo 18, parte primera del primer párrafo del Código Penal Federal, sigue un sistema mixto. En principio, se inclina por el principio de asperación (pena correspondiente al delito que merezca la mayor, que se aumentará hasta en una mitad del máximo); pero, cuando de este modo la pena concreta resultante sea superior a la suma de las penas concretas que pudieran imponerse, se sanciona por separado los delitos (principio de acumulación).

Por lo anterior, para la determinación de la gravedad de las penas hay que ir, por tanto, a un criterio concreto, y ver que merezca sanción cada delito en concreto, asimismo compararlas luego conforme a criterios objetivos, tal y como sucede en la regla primera del artículo 64 del Código Penal Federal, en todo caso, debe tenerse en cuenta que el legislador pretende tratar más benignamente el concurso ideal que el real y que las reglas de éste deben ser siempre un límite infranqueable en la determinación de la pena concreta que se ha de imponer.

PLASCENCIA VILLANUEVA explica que el criterio adoptado por el artículo 64 del Código Penal Federal retoma la tendencia de una acumulación jurídica, en tal virtud, no obstante que el sujeto

[601] Al respecto véase Daza Gómez, Carlos. *Teoría general del delito...*, p. 388.

infrinja varias disposiciones legales, la pena aplicable será la correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse sin exceder del límite previsto en el propio Código, lo cual supone el señalamiento de una sola sanción que puede llegar hasta el máximo permitido, siendo el juez quien tendrá la potestad para decidir el aumento de la pena en caso de que haga uso de la facultad discrecional que le otorga la ley.[602]

Sin embargo, en la medida en que, como se dijo, la esencia del concurso ideal reside en la concurrencia de una acción (o hecho), no determinante en el número de resultados producidos, ni el de tipos realizados, ya que no se ve razón, para excluir el concurso ideal homogéneo. En cualquier caso, la teoría ha negado la posibilidad del concurso ideal homogéneo, no para afirmar la pluralidad de hechos punibles, sino la unidad simple de acción, aunque se admita que la pluralidad de resultados deba tener reflejo en la pena en atención al mayor contenido del injusto y culpabilidad.

No obstante, a favor del concurso ideal homogéneo opera la idea de que la aplicación de una sola vez del tipo repetidamente infringido probablemente no comprendería el desvalor total del hecho. Por tanto, el problema de admisibilidad del concurso ideal homogéneo es un problema de frontera entre el concurso de leyes (unidad de norma penal violada) y concurso ideal de delitos, no entre esta modalidad de concurso y el concurso real. La distinción entre la unidad de acción en la teoría del concurso y la acción típica, permite afirmar la misma si se afectan bienes personales, excluyéndose el concurso ideal sólo cuando la relación entre los tipos sea de concurso aparente de leyes, cuestión que afecta al problema del tipo, no de la acción. Esto se refleja al realizar una interpretación sistemática de los artículos 292 y 293 del Código Federal de Procedimientos Penales, respecto de los requisitos técnicos que deben satisfacer las conclusiones del Ministerio Público,[603] al advertir los siguientes:

[602] Plascencia Villanueva, Raúl. *Teoría del delito...*, p. 231.

[603] Tal y como lo señala la Tesis aislada: X.3o.30 P, en Materia Penal, Novena Época, Tomo: XV, Abril de 2002, por los Tribunales Colegiados de Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta y visible en la página: 1233.

Amparo directo 934/2001. 13 de diciembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Fidelia Camacho Rivera, secretaria de tribunal autorizada por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrada. Secretario: David Gustavo León Hernández.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, Tomo II, Materia Penal, página 59, tesis 83, de rubro: "CONCURSO DE DELITOS POR DOBLE HOMICIDIO, RESULTA INAPLICABLE POR EL JUEZ, CUANDO NO LO SOLICITÓ EL MINISTERIO PÚBLICO."

1) El Ministerio Público debe formular sus conclusiones por escrito;
2) En ellas deberá efectuar una relación de los hechos demostrados durante el proceso;
3) Deberá proponer las cuestiones de Derecho aplicables, a través de la cita de leyes, jurisprudencias, ejecutorias y doctrina aplicables; y,
4) Terminará su pedimento en proposiciones concretas, fijando con exactitud los hechos delictuosos que se atribuyen al acusado, solicitando la aplicación de las sanciones correspondientes.

Si el Ministerio Público al formular las conclusiones que le corresponden, y haber demostrado en el proceso la existencia de una acumulación real de delitos, pero no realiza una exposición breve y metódica de los hechos que configuran esa concurrencia material de delitos, ni propone la aplicación de dicha figura jurídica, es evidente que al hacerlo el juzgador en su sentencia, viola, en perjuicio del reo, las garantías de legalidad, exacta aplicación de la ley, seguridad jurídica, defensa para todo individuo sujeto a un proceso de naturaleza penal, y debida actuación de las partes en un procedimiento de esa naturaleza, sustentadas en los artículos 14, 16, 20, apartado A, fracción IX y 21, de la Carta Magna, porque la actuación de la autoridad judicial al momento de dictar sentencia definitiva, debe estar limitada formal y materialmente a los lineamientos establecidos en el pliego acusatorio del Ministerio Público, por lo que no existe la posibilidad de ir más allá del mismo, caso contrario, es evidente que se estaría con la suplencia de la deficiencia en la acusación en perjuicio del acusado.[604]

[604] Caso contrario sucede si la suplencia de la deficiencia de la queja es a favor de la víctima en el juicio de Amparo, tal y como lo expresa el criterio de la tesis aislada I.7o.P.5 P, novena época, emitida por el Séptimo Tribunal Colegiado de Circuito Tomo: XV, Abril de 2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta y visible en la página: 1352:

"**SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LA QUEJA. ES PROCEDENTE A FAVOR DEL OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO, CUANDO ÉSTE ES EL QUEJOSO EN EL JUICIO DE AMPARO.** La fracción II del artículo 76 bis de la Ley de Amparo previene la suplencia de la deficiencia de la queja en materia penal a favor del «reo»; término este último que no debe seguirse interpretando en forma irrestricta, en relación con el inculpado, pues actualmente y después de sus reformas de septiembre de mil novecientos noventa y tres, y mil novecientos noventa y nueve, en sus apartados A y B, el artículo 20 constitucional reconoce igualmente las garantías de éste y los de la víctima u ofendido del delito, en una relación de equilibrio e idéntica tutela de sus derechos procesales. Consecuentemente, la ley reglamentaria debe darles igual tratamiento, aun cuando son partes contrarias en la relación procesal, a fin de

3. Pluralidad de acciones y de delitos (concurso real). Cuando un sujeto realiza varias acciones punibles de las que se deriva la comisión de otras tantas infracciones, se habla de concurso real.[605] Piénsese en el caso de quien, enfurecido en una pelea, apuñala a varios de sus contrincantes; aparte de que naturalmente se observan varias acciones (puñaladas), lo verdaderamente excesivo es que cada una de ellas lesiona un objeto diferente, como lo es el cuerpo de cada persona, que constituye el sustrato material del bien jurídico "salud", lo cual permite concluir que el autor del hecho ha vulnerado otras tantas veces el precepto penal que prohibe causar lesiones a otro. En otras palabras, cada uno de los contrincantes es, a efectos del tipo, un "otro", y su lesión procede de una acción directamente dirigida contra él, la cual aparece al unísono los elementos objetivos y subjetivos que se requieren para dar vida a un delito doloso de lesiones.

Por lo que respecta a la penalidad CARRANCÁ y TRUJILLO[606] sostiene la acumulación material de penas: *quot delicta, tot poenale*; pero este sistema ha sido criticado por excesivo (Mittermaier), ya que la primera pena es la que se cumple con más dolor siempre (Alemania) y el concurso es causa de unificación de los diversos delitos en

no desconocer la existencia de las garantías individuales que actualmente se consagran a favor de la víctima u ofendido; por ello, debe ampliar su connotación para hacer efectiva la tutela constitucional y suplir la deficiencia de la queja del ofendido, como se hace en beneficio del inculpado, pues los derechos de ambos son de elevada trascendencia social. Sin que sea necesario esperar se adecuen las disposiciones de la materia al vigente texto constitucional, porque el amparo es la institución tutelar de las garantías de los individuos y, con ese carácter, no puede resultar ineficaz y rígida, en detrimento del reclamo social de que se administre justicia pronta y expedita a la víctima del delito, quien ya expresó su causa de pedir, lo que es suficiente para analizar las violaciones que se adviertan y, sobre esa base, conceder la protección de la Justicia Federal solicitada, la que debe ser inmediata". SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Queja 17/2002. 8 de febrero de 2002. Mayoría de votos. Disidente y Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Erik Zabalgoitia Novales.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, agosto de 2001, página 1429, tesis I.5o.P.15 P, de rubro: "SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LA QUEJA. ES PROCEDENTE CUANDO EL OFENDIDO EN EL DELITO PROMUEVE JUICIO DE AMPARO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL."

[605] DAZA GÓMEZ, Carlos. *Teoría general del delito*..., p. 389, refiere en sentido similar cuando expresa que el concurso real presupone, en primer lugar, la existencia de una pluralidad de acciones, la comprobación de esta pluralidad tiene lugar en forma negativa; habrá pluralidad de acciones si se descarta la unidad de acción; en segundo lugar se requiere una pluralidad de lesiones de la Ley penal, lo que presupone que los tipos penales realizados son también independientes.

[606] Véase *Derecho Penal mexicano*..., p. 506.

una sola responsabilidad, por lo que la pena nunca puede ser igual a la suma de las que corresponderían por cada delito (Impollomeni). Diverso sistema es el llamado de absorción,[607] por el que la pena del delito mayor absorbe a las de los demás delitos, que dejan de tener influencia alguna: *poena major absorbet monorem*; pero se objeta que por este sistema se favorece y estimula al delincuente, cuya culpabilidad es manifiesta, y que el sólo hecho del concurso debe traducirse en agravación de la penalidad. Por último, un sistema intermedio y adoptable es el de la acumulación jurídica, por el que la pena es superior a la correspondiente al delito más grave: *poena major cum exasperatione*; se ha llamado a este sistema de la pena progresiva única (Impallomeni), por entenderse que el delincuente por varios delitos se presenta en el juicio con responsabilidad única, no con cúmulo de responsabilidades penales; sólo hay diversos delitos que actúan como causas concurrentes de una única incriminación. Si no hay cúmulo de delitos, menos puede haber cúmulo de penas; consecuencia directa de ello es que los concurrentes deben ser tratados con unidad de pena, la que es progresiva en razón del número y calidad de delitos tomándose como punto de partida la pena señalada al delito más grave.[608]

Por otra parte, incluso en los delitos graves hay unos límites máximos que no deben pasarse, tal y como lo contempla el Código Penal Federal en su artículo 25. De lo contrario, llegaríamos a aplicar penas de cientos de años de prisión, multas de cuantías exorbitantes, etc., de imposible cumplimiento. Es, por ello, lógico que se encuentren determinados criterios, en los que se combinan los diversos principios antes citados, y se llegue a penas proporcionadas para la valoración global que merecen las diversas acciones y delitos cometidos, y a su posible cumplimiento, tal y como lo expresan los criterios sostenidos por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Circuito, en la tesis: X.1o.J/10, Tomo: 68, Agosto de 1993, Octava Época, visible en la página 87, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, bajo la rúbrica:

> **"CONCURSO REAL DE DELITOS, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN CASO DE.** La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Jurisprudencia 82, visible en la página 134, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1917-1988, Segunda Parte, Salas y Tesis Comunes, sustenta el siguiente criterio: «ACUMULACIÓN (CONCURSO REAL), INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN CASO DE. En los casos de acumulación (concurso real),

[607] *Idem.*

[608] *Cfr.* CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho penal mexicano*..., p. 506.

de acuerdo con el artículo 64 del Código Penal del Distrito Federal, es cierto que puede el juez imponer únicamente pena por el delito de mayor entidad, pero se trata de una facultad potestativa y el juez puede imponer otras sanciones, por los demás delitos cometidos, por estimar que la peligrosidad del sentenciado así lo amerita». De acuerdo con lo anterior, el juez tiene la facultad potestativa de imponer a la acusada únicamente la pena correspondiente al delito mayor, y también tiene esa facultad para aumentar la pena impuesta por dicho ilícito, hasta la suma de las sanciones que corresponderían a la acusada por los demás delitos; pero en este caso no se trata de la imposición independiente de penas, sino de un aumento de la impuesta por el ilícito de mayor entidad, que debe hacer el juzgador en uso de su arbitrio judicial, y en el caso de que decida aumentar la suma de las que corresponderían a la activa por la comisión de los demás delitos, debe razonar los motivos de ese aumento máximo de la pena, lo cual únicamente procede cuando la peligrosidad de la acusada así lo amerita de acuerdo con el criterio citado. Además, para determinar la pena que correspondería por la comisión de los demás delitos, debe hacerse la individualización correspondiente a cada uno de ellos, en virtud de que la acusada puede revelar distintos grados de peligrosidad en los diferentes ilícitos cometidos, y con base en las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, deben precisarse las razones que se tengan para ubicar la peligrosidad en un grado determinado".

Asimismo, el criterio siguiente:

"**INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. CUANDO EXISTE CONCURSO REAL DE DELITOS. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA).** El artículo 82 del Código Penal del Estado de Baja California, acoge lo que doctrinariamente se denomina acumulación jurídica, la cual sanciona el concurso real de delitos, con una sola pena total, en virtud de que en este supuesto, el activo realiza una conducta que tiene la característica de ser reiterativa, dado que son actos autónomos cometidos en diversos espacios de tiempo y lugar, pero no por ello deja de ser una sola conducta antisocial, tan es así, que el referido artículo 82 del Código Penal del Estado, claramente dice: «En caso de concurso real, se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor», esto es, señala una sola sanción, por eso se afirma que tal penalidad es única, a diferencia de otros sistemas punitivos que señalan tantas penas como delitos se cometan, restringiendo el arbitrio del juzgador ya que lo someten a realizar simples sumas aritméticas de las penas que correspondan a cada delito considerado independiente. Ahora bien, es verdad, que esa pena única puede ser aumentada discrecionalmente por el juzgador en una mitad más de las penas

correspondientes a los demás delitos cometidos, configurándose así la pena total, es decir, la que se integra con la impuesta en base a la que corresponde al delito que merece la mayor (pena única) y la que decide el juez imponer como aumento, en caso de que se haga uso de la facultad discrecional que le concede el citado artículo 82 del Código Penal, siendo entonces la primera, obligatoria, y la segunda, potestativa, para dicho juzgador".

Octava Época. Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO. Fuente: Apéndice de 1995. Tomo: II. Parte TCC. Tesis: 559, Página: 340.

En el ejemplo del servidor público que realiza una conducta en la cual ha utilizado la función pública y que lo ha enriquecido, ello no significa que sea responsable de dos delitos: enriquecimiento ilícito (artículo 224) y otro, llámese cohecho (artículo 222 del Código Penal Federal), peculado (artículo 223), concusión (artículo 218), etc. En otras palabras, en este supuesto, el concurso ideal de delitos no será procedente.[609] Afirmar lo contrario sería anticonstitucional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 109, fracción III, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone:

"...No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza".[610]

El concurso real no implica mayores problemas —refiere DÍAZ ARANDA—, pues sólo ha de requerirse que en ambas conductas el servidor haga uso de la función pública, con la diferencia de que una de ellas debe significar para el servidor un incremento patrimonial y, además, no estar captada por los demás tipos del Título Décimo del Código Penal.[611] Así lo sostiene el criterio que se cita a continuación:

"**ROBO. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA Y REPARACIÓN DEL DAÑO, PARA EL CASO DE CONCURSO REAL.** Si las pruebas del sumario son insuficientes para determinar el monto de los objetos robados, tratándose de un concurso real de delitos, en

[609] En tal sentido DÍAZ ARANDA, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de los servidores públicos...*, p. 146.

[610] *Ibidem*, p. 147. Claro es que si al servidor que utilizó la función pública para enriquecerse se le siguió proceso respectivo por cohecho, peculado, concusión, etc., y el juez determinó, ya sea en el auto de plazo constitucional o en la sentencia, que la conducta era atípica, podrá sólo entonces aplicarse el tipo de enriquecimiento ilícito.

que discrecionalmente y en términos del artículo 64 del Código Penal sólo se sanciona por el delito mayor (abuso de autoridad) no así por el de robo, se considera que esta circunstancia no modifica el cuadro delictual ni altera la peligrosidad del encausado; en consecuencia, no debe variarse la pena impuesta. Sin embargo, esa indeterminación del valor de las cosas objeto del apoderamiento, obligan en cambio a absolver al acusado del pago de la reparación del daño, por no existir base legal para cuantificarla".

Octava Época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: II, Segunda Parte-2, Julio a Diciembre de 1988. Página: 506.

4. Pluralidad de acciones y unidad de delito. La dificultad de establecer el concepto de unidad de acción hace que, muchas veces, se llegue a admitir un concurso de delitos allí donde, realmente, con una valoración global de lo acaecido, solo haya un delito, aunque cometido en diversos momentos y a través de la realización de distintas acciones perfectamente separables unas de otras, lo anterior es claro con el criterio sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, Tomo: IX, Febrero de 1993, Octava Época, visible en la página 265 y publicado en el Semanario Judicial de la Federación, bajo la rúbrica:

"IMPRUDENCIA, DELITOS COMETIDOS POR. CONCURSO IDEAL. NO SE DIVIDE LA CONTINENCIA DE LA CAUSA. Si con motivo de una colisión de tránsito de vehículos, provocada por la conducta imprudente del acusado, se causaron homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena; deben estudiarse integralmente dichos resultados a efecto de no dividir la continencia de la causa, en razón de que el artículo 60 del Código Penal para el Distrito Federal, que también rige en toda la República para delitos de carácter federal, establece una sola sanción para los responsables de delitos cometidos en forma culposa, pues no se trata de ilícitos independientes o autónomos con mayor o menor conexidad entre sí, sino de una misma conducta con pluralidad de resultados típicos, fuertemente ligados entre sí, formando una unidad o un todo que no puede separarse, por haberse cometido en un mismo acto o momento de la acción criminosa, y al no advertirlo así la autoridad responsable contraviene los principios básicos que estructuran el procedimiento penal".

Sin embargo, por lo que respecta a la acumulación real e ideal en los delitos culposos de una sola conducta es inoperante el principio, esto en atención a la Tesis de la Primera Sala, Tomo: CXXXII, Quinta Época, visible en página 440, del Semanario Judicial de la Federación, bajo el rubro:

"ACUMULACIÓN REAL E IDEAL DE DELITOS, INOPERANCIA DE LA. No opera la acumulación ideal y real de los delitos, cuando éstos se perpetran en un solo imprudencial".

5. Aplicación de sanciones en el concurso. El concurso aparente no se limita a las normas que crean tipos penales; el problema viene considerado en términos de las relaciones entre varias figuras delictuosas para determinar cuál de ellas debe tener concreta aplicación por el juez, prevaleciendo sobre las otras, y por cuáles motivos se verifica la afirmación del concurso de delitos.

En la dogmática mexicana, el concurso de delitos, que origina el problema de aplicación de sanciones, se resuelve conforme a las reglas establecidas en el artículo 64 del Código Penal para el Distrito Federal, que dispone:

"ARTÍCULO 64.- En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero".

"En caso de concurso real, se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero. Cuando el concurso real se integre por lo menos con un delito grave, la autoridad judicial impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual deberá aumentarse con cada una de las penas de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado antes mencionado..."

Al respecto, la jurisprudencia se ha manifestado en los términos siguientes:

"DELITOS CULPOSOS. IMPROCEDENCIA DE ACUMULACIÓN DE PENAS POR CONCURSO IDEAL EN LOS. De una adecuada interpretación del artículo 60 del Código Penal vigente en el Distrito Federal en materia del fuero común y en toda la República en la del fuero federal reformado por el artículo 1º del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de diez de enero

de mil novecientos noventa y cuatro, que inició su vigencia el primero de febrero siguiente, concluye que en los delitos cometidos por culpa no existe la posibilidad de acumulación de sanciones; lo que se pune es el comportamiento culposo que produce uno o varios resultados, pero sin que ello implique que éstos puedan sancionarse en base a un concurso ideal; la pena aplicable debe ser única y no la que resulte de lo dispuesto por el artículo 64 del ordenamiento citado; estimar lo contrario implicaría sancionar una sola conducta en atención a su resultado."

Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo VIII, Octubre de 1998 Tesis I.4º.P.17 P, Página: 1132 Materia: Penal, Tesis aislada.

"CONCURSO REAL DE DELITOS. SI EL MINISTERIO PÚBLICO NO PROPONE LA APLICACIÓN DE ESA FIGURA EN SUS CONCLUSIONES ACUSATORIAS, EL JUEZ NO DEBE HACERLO EN SU SENTENCIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). De conformidad con el artículo 227 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social de esa entidad, el representante social en el pliego acusatorio deberá formular una exposición breve y metódica de los hechos conducentes, propondrá las cuestiones de Derecho que de ellos surjan, citando las leyes ejecutorias o doctrinas aplicables, y terminará su pedimento en proposiciones concretas, fijando con exactitud los hechos delictuosos que se atribuyen al acusado, y solicitando la aplicación de las sanciones correspondientes. Por tanto, si esa representación, al formular las conclusiones que les corresponden, no obstante de haberse demostrado en el proceso la existencia de una acumulación real de delitos, no realiza una exposición breve y metódica de los hechos que configuran esa concurrencia material de delitos, ni propone la aplicación de dicha figura jurídica, es evidente que al hacerlo el juzgador en su sentencia viola, en perjuicio del reo, el principio de legalidad, porque ante tal ausencia de petición concreta y de razonamientos fundados y motivados por parte del Ministerio Público, en el sentido de que se consideran los diversos hechos delictivos demostrados, cometidos en forma de concurso real, al hacerlo sin esa petición el Juez, agravó la situación jurídica del enjuiciado."

6. Concurso real y concurso de modalidades de un mismo delito. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal, existe concurso real cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos.

El concurso ideal, dice MEZGER,[612] se da cuando una acción cae bajo distintas leyes penales que no se excluyen entre sí. La noción

[612] *Tratado de Derecho Penal, ob. cit*, p. 374.

del concurso aparente de normas implica un conflicto entre normas incompatibles, impidiéndose así, por naturaleza de las normas. Un auténtico concurso; por ello, estructura el concepto del concurso ideal precisamente a resultas de la unidad de la conducta con violación de distintas normas penales que no se excluyen entre sí.

Se caracteriza por violación de varias normas penales que constituyen una pluralidad de delitos. A este concurso se le ha denominado ideal o formal, a virtud de que, regulada la acción o el hecho en una múltiple tipificación delictiva, puede afirmarse que su calificación corresponde a varias figuras jurídicamente autónomas, las que en razón de la unidad del momento de la culpabilidad, debe sancionarse como un solo delito.

En tanto que el concurso real de delitos se actualiza cuando un mismo sujeto activo realiza dos o más conductas independientes que importan, cada una, la integración de un delito autónomo; por la naturaleza de las acciones, no pueden reducirse unitariamente a una valoración jurídica, por ello debe considerarse en forma independiente, como una pluralidad de hechos punibles.

Es imperioso distinguir esta hipótesis, de los casos en que el sujeto activo consuma un mismo ilícito, mediante la actualización de diversas vías de comisión, para evitar que se sancione dos veces la misma conducta.

En efecto, si el delito es plurisubsistente, puede dar lugar a confundirlo con el concurso de delitos y, en consecuencia, a aplicar diversas sanciones a un mismo hecho, en clara trasgresión a las garantías individuales del acusado, por tratarse de un solo ilícito.

Ejemplifica lo anterior, el caso en el que el sujeto activo, en el delito de violación, previsto en el artículo 265, del Código Penal Federal, lleva a cabo la cópula por diversas vías: vaginal, anal y oral, en una sola conducta, ejerciendo violencia, en un solo hecho circunscrito en la misma temporalidad, momento, unidad de acción final y una sola voluntad (dolo); en cuyo caso, no actualiza la hipótesis del artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal, relativa a que existe concurso real cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos.

En efecto, no se está en presencia de dos delitos de violación, determinados por cada una de las vías impuestas por el activo, ya que de estimar lo contrario, se llegaría al extremo de considerar tantos delitos de violación como penetraciones hubiesen tenido lugar, con lo cual se estaría dividiendo la conducta y, en consecuencia, imponiendo diversas sanciones, por lo que se trastocaría la garantía de seguridad jurídica, consagrada en el artículo 23 de la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos, conocida por la doctrina como principio "*non bis in idem*", por tanto al realizarse el delito en un solo lapso y sin que cesara la violencia como medio comisivo, no puede ser considerada como concurso real de delitos, que requiere pluralidad de acciones autónomas y sin vinculación alguna, ni en el tiempo ni en el lugar.

Es aplicable en este sentido la tesis de la Novena Época. Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo VI, noviembre de 1997, Tesis: 1ª./J.39/97, página: 106 Materia: Penal:

> "**COMPETENCIA DE UN JUEZ DE DISTRITO EN CONCURSO DE DELITOS PERTENECIENTES AL FUERO FEDERAL Y AL COMÚN**. La circunstancia de que se incida en la comisión de delitos del fuero común, con aprovechamiento de armas de fuego, no constituye razón suficiente para que de todos conozca un Juez de Distrito, pues si bien el párrafo segundo del artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales le otorga competencia para conocer de los delitos del fuero común que concurren con los del federal, esto sólo opera si entre ellos existe conexidad; por tanto, si la causa se instruye por los ilícitos de portación de arma de fuego sin licencia y robo, al pertenecer el primero al ámbito de competencia federal, operará la atracción de este fuero, si además del concurso de delitos se presenta la conexidad regulada por el precepto 475 del ordenamiento en cita, cuya hipótesis de la fracción I, no se actualiza, porque únicamente un sujeto activo portó el arma de fuego sin licencia, y no varias personas unidas, situación que sólo se presenta respecto al robo. Tampoco se satisface el requisito de la fracción II, del artículo transcrito, por no constar que haya habido concierto entre los activos para cometer el delito de portación de arma de fuego sin licencia. Respecto a la fracción III, el legislador fundamentó la existencia de la conexidad en un elemento eminentemente subjetivo, al señalar que el delito se comete 'para'; esto es, que al perpetrarse, el activo o activos deben tener conciencia plena de que es un medio para cometer otro, facilitar su ejecución, consumarlo o asegurar la impunidad; aspecto que no se acredita, de ser ocasional el delito de robo cometido con posterioridad; por ende, su conocimiento corresponde al Juez del fuero común."

> "**VIOLACIÓN, NO HAY CONCURSO REAL DE DELITOS CUANDO SE COMETE EN EL MISMO LAPSO Y NO HA CESADO EL MEDIO COMISIVO DE LA VIOLENCIA, INDEPENDIENTEMENTE DE LAS VÍAS POR LAS CUALES SE COMETA**. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal, existe concurso real cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos; por lo que si el activo en el delito de violación, previsto en el artículo 265, del ordenamiento legal citado, lleva a cabo la cópula por diversas vías, vaginal, y anal, en una sola conducta, ejerciendo violencia, en un solo hecho circunscrito en la misma temporalidad, momento, unidad de acción final y una sola voluntad (dolo), no se está en presencia de dos delitos de violación, determinados por cada una de las vías impuestas por el activo, ya que de estimar lo contrario se llegaría al extremo de considerar tantos delitos de violación como penetraciones hubiesen tenido lugar, con lo cual se estaría dividiendo la conducta y en consecuencia, imponiendo diversas sanciones, por lo que se trastocaría la garantía de seguridad jurídica, consagrada en el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conocida por la doctrina como principio "*non bis in idem*", por tanto, al realizarse el delito en un solo lapso y sin que cesara la violencia como medio comisivo, no puede ser considerada como concurso real de delitos, que requiere pluralidad de acciones autónomas y sin vinculación alguna, ni en el tiempo ni en el lugar; por ende, en la especie se trata de un solo delito, sin perjuicio de que la cópula por dos vías sea tomada en consideración para graduar la culpabilidad conforme a lo dispuesto por los artículos 51 y 52 del Código Penal de referencia."

A continuación, se tratará el problema de la existencia de pluralidad de acciones constitutivas de un solo delito. Por lo que en principio y, bajo este concepto, trataré aquí el delito continuado y el delito masa.

2. *El delito continuado*

En nuestra doctrina, MÁRQUEZ PIÑERO refiere que una de las grandes reformas del 13 de mayo de 1996, es la modificación del concepto legal de delito continuado.[613]

Si bien el Código Penal de 1931 no reguló el delito continuado, fue incluido por el Decreto reformatorio del Congreso de la Unión, promulgado por el Ejecutivo Federal con fecha 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984,[614] lo cual se sustenta con la tesis de la Séptima Época, emitida

---

[613] Al respecto MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *El delito continuado y la reforma del 13 de mayo de 1996*, Criminalia, Mayo-Agosto, Porrúa, México. 1996, p. 25, entiende que la nueva redacción del delito continuado, producto de dicha reforma, participa —en amplia medida— de la dogmática jurídico-penal alemana, y que puede ser considerada, en este aspecto concreto, como bastante adecuada.

[614] Véase Figueroa Velásquez, Rogelio Miguel. *El delito de lavado de dinero en el Derecho penal mexicano...*, p. 470, principalmente relacionando el delito continuado en la problemática que presenta el delito de lavado de dinero contemplado en el artículo 400 bis del Código Penal Federal.

por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en el tomo 6 segunda parte, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y visible en la página 19, con la rúbrica y texto que a continuación se señala:

"DELITO CONTINUO[615] O CONTINUADO. Conforme al artículo 19 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, el delito continuo o continuado se integra con los requisitos siguientes: I. Que no haya interrupción entre la terminación de un hecho y la iniciación de otro; II. Que todos los hechos sean de la misma naturaleza y III. Que al iniciarse el primero ya exista la intención de llevar adelante los futuros hasta llegar a la unidad; esto es, que en el delito continuo hay pluralidad de acciones, cada una de las cuales tiene todas las características de un delito perfecto, y sería un delito distinto si la ley no lo ligase a los otros con el vínculo de la intención común. En suma, el delito a que se hace referencia no es un caso de concurso de delitos, sino de delito único, es decir, una unidad real".

A tales efectos, el artículo 7, en su versión anterior y en lo conducente, decía:

"Artículo 7.- (...)
I. a II...
III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal".

La nueva descripción del legislador, de conformidad con la modificación de mayo de 1996 y también en lo correspondiente, dice:[616]

"Artículo 7.- (...)
III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal."[617]

[615] Cabe aclarar su diferencia con la actual clasificación de los delitos, en instantáneos, continuos o permanentes y continuados.

[616] *Cfr.* Márquez Piñero, Rafael. *El delito continuado y la reforma del 13 de mayo de 1996...*, p. 3.

[617] *Idem.*

Si se comparan las dos fracciones terceras, la modificación introducida por el legislador con la reforma de mayo de 1996, consiste en agregar al concepto anterior la *unidad de sujeto pasivo.*[618]

Varias teorías se han elaborado a propósito de la naturaleza del delito continuado, fundamentalmente en Italia y Alemania,[619] de las que pueden destacarse esencialmente tres: la de la ficción jurídica, la de la realidad, en abierta oposición, y una que puede considerarse intermedia: la de la realidad jurídica. Sólo las teorías de la ficción o de la realidad jurídica son compatibles con la caracterización que se ha dado a la acción continuada como caso de unidad jurídica de acción.

1. *Teoría de la ficción.* Para esta posición doctrinal, la unidad por continuación es una unidad ficticia, esto es, que no es tal en la realidad material, sino que sólo tiene la apariencia, se considera unidad, por el Derecho. Por ello, además es una ficción jurídica. El fundamento de benignidad que se predicaba de la figura lleva a otorgarle la naturaleza jurídica de ficción, es decir, la pluralidad de hechos delictivos se unifica artificialmente para mitigar la pena.[620]

2. *Teoría de la realidad natural.* Conforme a esta posición, el delito continuado no es una ficción jurídica, y que además no reconoce en el delito continuado una pluralidad de acciones, por lo que afirman sus seguidores que la unidad de dolo, es necesaria en el delito continuado, para determinar la unidad de acción. Las distintas acciones, aunque constituyan individualmente en sí mismas un delito, no son

[618] Las cursivas son puestas por el autor. Por su parte, Díaz de León, Marco Antonio. *Código penal para el Distrito Federal*, p. 90, considera que la diferencia entre el delito continuado y concurso real, la encontramos en los correspondientes aspectos subjetivos de los tipos, principalmente en el dolo, pues, en tanto en el concurso el agente debe conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes a cada uno de los tipos y delitos que por separado e independientemente uno de otro conciba y realice, en cambio, en el delito continuado se trata del mismo conocimiento y voluntad de realización de las diversas conductas relativas al delito y tipo correspondiente, las cuales se conciben por el sujeto activo, como señala la fracción III del artículo 7º.

[619] Al respecto el maestro Márquez Piñero, Rafael. *El delito continuado y la reforma del 13 de mayo de 1996*, Criminalia, Mayo-Agosto, Porrúa, México. 1996, p. 4, refiere que hunde sus raíces profundamente en la ciencia jurídico-penal alemana, vale decir en la dogmática jurídico-penal teutónica. Para mejor comprensión —agrega el autor—, haremos alusión a cuatro grandes maestros germanos, en su concreta relación con el delito continuado a nivel científico, nos referimos a Hans Welzel, Günther Stratenwerth, Hans-Heinrich Jescheck y Günther Jakobs, que han desempeñado sus tareas académicas en las Universidades de Bonn, Basilea, Instituto Max Planck de Friburgo en Brisgovia y Bonn.

[620] La teoría de la ficción conecta con el origen histórico de la institución, desde Farinaccio citado por Choclan Montalvo, José Antonio. *El delito continuado*, Marcial Pons, Madrid, España. 2000, p. 129.

sino una parcial realización del resultado total. Por tanto, en el delito continuado no hay pluralidad de acciones, sino unidad natural de acción[621] y, por ello, unidad de delito. En consecuencia, el delito continuado debe ser estudiado, para esta posición, en lugar distinto de la teoría del concurso, en cuanto la unidad de delito es algo diferente del concurso de infracciones. En suma, la teoría de la realidad natural recurre al concepto de la unidad de dolo como elemento unificador de las diversas acciones, que pasan a considerarse como meras partes de la acción única, repudiándose esta unidad como verdadera y real. Tal concepción del delito continuado limita su aplicación a los casos normales de ejecución gradual, esto es, casos en que el único delito no se ejecuta de una vez, sino de varias, excluyéndose, pues, la aplicación de la figura a los casos en que no es de apreciar ni unidad de acción ni de dolo, como los supuestos de aprovechamiento de idéntica ocasión, de resoluciones renovadas en virtud de la igualdad de la situación externa motivadora, por referencia al ámbito subjetivo como unidad interna de conducción de vida.

3. *Teoría de la realidad jurídica.* Es intermedia entre la de la ficción y la de la realidad natural. De esta última se diferencia en que reconoce la existencia de una pluralidad de acciones de modo que el delito continuado no es un supuesto de acción única en el plano natural, sólo aparece como "unidad jurídica de acción". Por ello, la realidad jurídica que supone el delito continuado tiene mayor amplitud de efectos, no limitándose a la determinación de la pena favorable al reo. El sentido de la institución no puede reducirse a procurar un castigo atenuado al reo, de modo que el fundamento dogmático de la acción continuada debe alcanzar a justificar la totalidad de las consecuencias jurídicas inherentes al principio de la unidad del hecho. En suma, la unidad de acción por continuación es un caso de unidad jurídica de acción y, por tanto, su naturaleza es la de una realidad jurídica.

La circunstancia de que el delito continuado es una construcción que se destina a evitar las consecuencias del concurso real de delitos, permite sostener la idea de que nos encontramos frente a una

[621] Así también Márquez Piñero, Rafael. *El delito continuado y la reforma del 13 de mayo de 1996...*, p. 11, al referirse al concepto de acción no se puede interpretar como acción típica, sino de modo más general: en la acción en el sentido de la unidad de acción y la pluralidad de acciones como producción evitable de cualesquiera resultados (las llamadas acciones en sentido natural) teniendo que ser además acciones típicas, éstas no necesariamente determinadas típicamente, si ha de llegarse al concurso. Así pues, una acción determinada de modo más general es componente de dos acciones que realizan tipos, determinadas de modo más específico.

constelación de supuestos en los que no sólo cabe apreciar una pluralidad de acciones, sino también una pluralidad de realizaciones típicas homogéneas. Al respecto, consúltese el criterio siguiente:

> "**DELITO CONTINUO, NATURALEZA DEL.** Según el artículo 19 párrafo segundo del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, se considera legalmente delito continuo aquél en que se prolonga sin interrupción por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituyen; es decir, que requiere: 1o. Unidad del tipo básico y del bien jurídico lesionado; 2o. Homogeneidad en las formas de ejecución y 3o. Conexidad temporal adecuada; esto es, que el delito continuado es una forma delictiva en que se persiste en una actividad homogénea con unidad de intención, ocasión y ejecución, que en su conjunto integran, por disposición legal, un solo delito; por tanto, el delito continuado no es un caso de concurso de delitos, sino de delito único".
>
> Séptima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 35, Segunda Parte, Página: 53.

En los supuestos del delito de enriquecimiento ilícito cometido por servidores público (artículo 224), dentro del supuesto del artículo 19 del Código Penal Federal, no existe concurso de delitos, pues todo el desvalor penal que el legislador ha querido captar en el delito mencionado se encuentra ya establecido al incrementar la penalidad si el enriquecimiento excede de cinco mil veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal. Lo anterior obedece a un sano y plausible principio de racionalidad de la pena adoptado por el legislador de 1984.[622]

Del contraste de las teorías analizadas con nuestro Derecho positivo resulta evidente que el delito continuado no es un caso de unidad delictiva real u ontológica, como quieren los seguidores de la teoría de la realidad jurídica.[623] La unidad de dolo o de resolución de dolo o de resolución criminal de que hablan los realistas es incompatible con la exigencia de una pluralidad de acciones a que alude el artículo 64, párrafo tercero, del Código Penal Federal, que conlleva la pluralidad de manifestaciones de voluntad, lo que impide considerar los plurales actos como ejecución fraccionada de un único delito.

[622] *Cfr.* Díaz Aranda, Enrique. *Enriquecimiento ilícito de los servidores públicos...*, p. 148.

[623] En cuanto el delito continuado es asunto de decisión normativa, sólo las teorías de la ficción o de la realidad jurídica, que coinciden en el entendimiento del delito continuado como creación del Derecho, como pluralidad de acciones que el Derecho reduce a unidad, pueden dar la base de la naturaleza del delito continuado.

La diferencia fundamental entre el delito continuado y el concurso ideal de delitos, especialmente el llamado concurso homogéneo, estriba en la base de estructuración de una y otra figura. Mientras que el delito continuado representa una unificación jurídica de acciones que son plurales, el concurso ideal requiere como presupuesto la unidad de hecho determinada por una única acción.

En consecuencia, la distinción entre delito continuado y concurso ideal nos remite al problema, ya indicado, de la distinción entre la unidad y pluralidad de acciones, entre la unidad natural de acción y la unidad de acción que se construye con base en la conexión de continuidad.[624]

De esta manera, en su momento el profesor MÁRQUEZ PIÑERO refirió, que el delito continuado en el Código Penal del Distrito Federal para lo común y federal para toda la República, se encuentra integrado por los elementos siguientes:[625]

a) Una acción de propósito delictivo, en otros términos se lleva a cabo la realización de una conducta con un objetivo perfectamente determinado y una intencionalidad también concreta.
b) Una pluralidad de conductas, la acción se realiza en acciones separadas, si bien ligadas por la proximidad y la unidad de propósito delictivo.
c) Unidad de sujeto pasivo,[626] es decir, con una única titularidad del bien jurídico afectado, y
d) Violación del mismo precepto legal, dicho en términos técnicos, con integración de los elementos del mismo tipo legal.[627]

1. El delito masa. Uno de los requisitos del delito continuado exigido por la jurisprudencia tradicional, era el de la unidad de sujeto pasivo,

[624] *Cfr.* principalmente el estudio de Choclan Montalvo, José Antonio. *El delito continuado...*, pp. 110 y s., quien refiere, que la jurisprudencia y doctrina dominante en Alemania fundan la unidad de acción en la concepción natural de la vida, según la cual una pluralidad de partes componentes del concurso de un suceso externamente separables constituye una unidad de acción cuando los distintos actos parciales se hallan conducidos por una resolución de voluntad unitaria y se encuentran en una conexión temporal y espacial tan estrecha que se sienten como unidad por un espectador imparcial.

[625] *Cfr.* Márquez Piñero, Rafael. *El delito continuado y la reforma del 13 de mayo de 1996...*, p. 4.

[626] Este requisito de la unidad de sujeto pasivo era tradicionalmente exigido por la jurisprudencia.

[627] *Cfr.* Márquez Piñero, Rafael. *El delito continuado y la reforma del 13 de mayo de 1996...*, p. 4.

es decir, para considerar como un solo delito continuado de fraude o de robo las plurales defraudaciones o sustracciones efectuadas, se exigía que éstas afectasen al mismo sujeto pasivo.

Pero pronto empezaron a darse hechos, sobre todo fraudes, que afectan a gran número de individuos, es decir, a una masa de individuos perjudicados. Aisladamente considerados estos fraudes eran a veces de escasa cuantía y sus autores, conforme a las reglas del artículo 64, solo podrían ser condenados a penas irrisorias, ya que el triple de la más grave de las penas era una pena desproporcionada al daño global producido. No obstante, la tesis del delito continuado no era aplicable por la diversidad del sujeto pasivo.

Surgió entonces la figura del delito masa, según la cual, cuando existe en las defraudaciones una pluralidad de sujetos indiferenciados, personas anónimas, público en general, de las que se pretende por el sujeto activo extraer diversas cantidades de dinero con un propósito unitario de enriquecimiento, debe estimarse un solo delito por el importe global de lo defraudado.

El delito masa surge de esta manera con rasgos perfectamente diferenciables del delito continuado y con presupuestos opuestos a la continuidad delictiva: es una figura que sirve para agravar la pena, no requiere indeterminación de las sanciones y el sujeto pasivo es plural.

Sin embargo, la evolución de la teoría del delito en el tema del delito continuado, la jurisprudencia habría de incidir en la construcción del delito masa, la cual se aproxima notablemente a ambas figuras hasta el punto de resultar prácticamente imposible la labor de su delimitación. Cuando se abandona para el delito continuado el fundamento pietista, que admite la conexión de continuidad es aplicable tanto si resulta de la indeterminación procesal de acciones y cesa la exigencia de unidad de sujeto pasivo o de patrimonio perjudicado, en consecuencia, desaparecen las razones que históricamente hacían inaplicable la doctrina de la continuidad delictiva para la solución de fraudes colectivos.[628]

Es entonces cuando verdaderamente se plantea el problema de la delimitación entre el delito continuado y el delito masa y cuando surgen voces en la doctrina que se decantan por la innecesariedad de la figura del delito masa.

Por lo que respecta a los elementos del delito masa, encontramos:

a) Un elemento subjetivo constituido por la unidad de plan delictivo.

[628] En el mismo sentido Daza Gómez, Carlos. *Teoría general del delito...*, p. 395.

b) Un presupuesto material consistente en una pluralidad de acciones o en una pluralidad de actos integrantes de una sola acción.
c) La unidad de precepto penal infringido.
d) Un sujeto pasivo masa, es decir, una masa de personas afectadas como sujeto pasivo del delito.

3. *Concurso de leyes*[629]

A diferencia de lo sucedido en el concurso ideal de delitos, en el que para valorar plenamente la gravedad de un hecho hay que aplicar varias disposiciones legales, en el llamado concurso de leyes, de las diversas normas aparentemente aplicables a un mismo hecho sólo una de ellas es realmente aplicable, las cuales quedan desplazadas las demás conforme a diversos criterios, esto es, cuando una acción está comprendida en varios tipos delictivos pero sólo hay que aplicar uno de ellos porque comprende ya la totalidad de lo injusto de la conducta realizada por el sujeto.

Nuestro Código Penal Federal, introduce el concurso de leyes, en los términos de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 6º, cuando refiere:

"Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general".[630]

[629] Consúltese entre otros, principalmente: para profundizar Daza Gómez, Carlos. *Teoría general del delito...*, p. 396; Doval País, Antonio. *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Tirant lo Blanch, Valencia, España. 1999; pp. 27 y s.; García Albero, Ramón. *"Non bis in idem" Material y concurso de leyes penales*, Cedecs, Barcelona, España. 1995, pp. 45 y ss.; Malo Camacho, Gustavo. *Derecho penal mexicano...*, pp. 229-230; Márquez Piñero, Rafael. *El delito continuado y la reforma del 13 de mayo de 1996...*, pp. 232 y ss.; Pavón Vasconcelos, Francisco. *Concurso aparente de normas...*, pp. 61-62; Plascencia Villanueva, Raúl. *Teoría del delito...*, p. 231.

[630] Al respecto Pavón Vasconcelos, Francisco. *Concurso aparente de normas...* pp. 61-62 y 64-66, refiere que comúnmente los autores limitan la trascendencia del conflicto entre normas penales, a los casos de concurrencia de normas incompatibles pertenecientes a la parte especial de los Códigos Penales. Es esta clase de conflictos la que con más frecuencia tienen que resolver los órganos jurisdiccionales, aunque la incidencia en el planteamiento de este tipo de problemas no resta importancia a los concursos impropios surgidos entre otra clase de normas penales, casos que hemos dejado precisados en el apartado anterior. Tratándose del conflicto entre normas de la *parte especial*, cobra fundamental interés la *teoría del tipo* y de la *tipicidad*, cuya paternidad corresponde a Ernesto Von Beling, pues la estructura de los tipos es fundamental para establecer la *prevalencia* de una norma sobre otra y, por ello, la aplicación de una con exclusión de las demás. Así por ejemplo, el *homicidio* y el

En efecto, si al ser considerado en el auto de formal prisión el inculpado como probable responsable del delito contra la salud, en sus modalidades de posesión, tráfico y sacar ilegalmente del país el estupefaciente, por ejemplo "marihuana" y del delito de introducción clandestina al país de arma de fuego, advirtiéndose que únicamente en relación con la modalidad de posesión del citado estupefaciente se desprende el lugar en el cual aconteció la conducta delictiva correspondiente, resulta competente para conocer del proceso el Juez de Distrito que tenga jurisdicción en ese lugar, conforme a lo dispuesto por los artículos 6o., 10 y 11, fracción I, del Código Federal de Procedimientos Penales, sin que sea obstáculo para la anterior conclusión, el hecho de que exista duda en cuanto al lugar donde se cometió el delito de introducción clandestina al país de arma de fuego, toda vez que al existir en el presente caso un concurso real de delitos de naturaleza federal, por igualdad de razón de la regla prevista en el artículo 473, fracción I, del Código Federal de Procedimientos Penales, en relación al artículo 18 del Código Penal Federal,

parricidio tienen rasgos comunes, porque los dos tipos protegen el *bien jurídico* de la vida y la conducta del sujeto, expresada en forma positiva o negativa (acción o comisión por omisión) produce como *resultado material* la muerte de la víctima. No obstante, el parricidio constituye una figura de penalidad agravada en virtud de que el tipo contiene una especial *calidad* en los *sujetos*, pues siendo un homicidio sólo puede cometerlo el *descendiente* en la persona de su *ascendiente, descendiente*, etc., de acuerdo con la definición legal. En efecto si bien el artículo 302 del Código penal establece que *comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro*, el artículo 323 del mismo título, que comprende los delitos *contra la vida y la integridad corporal*, define el homicidio "en razón del parentesco o relación", dentro de la formula siguiente: "Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación se le impondrá prisión de diez a cuarenta años. Si faltare dicho conocimiento, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la sanción a que se refieren los Capítulos I y II anteriores", comprendiéndose en la nueva fórmula (nacida en las reformas penales promulgadas mediante Decreto del ejecutivo federal de 23 de diciembre de 1993, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 10 de enero de 1994, vigentes a partir del primero de febrero del mismo año), a las antiguas figuras de parricidio e infanticidio genérico, las cuales eran tipificadas en los artículo 323, ahora modificado, y 325 ya derogado, estableciéndose, en los distintos dispositivos primeramente citados, definiciones cuyo rasgo común consiste en la privación de la vida, aún cuando el homicidio, en razón del parentesco o de la relación, por su mayor amplitud descriptiva, al adicionarse al hecho de homicidio una calidad en los sujetos, con agravación de la pena en razón de esa calidad, se convierte en tipo complementado, circunstanciado y subordinado al de homicidio y cualificado en razón de la sanción, derivándose de ello una serie de consecuencias jurídicas en la aplicación de las normas.

resulta innecesario dividir la continencia de la causa, pues es conveniente que un mismo juez conozca de todos los hechos relativos, o sea el que resultó ser competente para conocer del delito contra la salud en los términos anteriormente apuntados.

Por otra parte, MALO CAMACHO, entiende por concurso aparente de normas la regulación jurídica simultánea de un mismo hecho, que aparece regulado por dos o más normas diferentes, que resultan ser incompatibles entre sí, de manera tal que sólo una de ellas es aplicable.[631]

Más allá de las divergencias de carácter insustancial, y en la mayor parte de los casos meramente terminológicos, pueden reseñarse dos grandes modelos de aprehensión conceptual del concurso de leyes penales.[632]

a) El modelo restrictivo: este planteamiento pone el acento en la convergencia abstracta de varias conminaciones penales sobre un mismo hecho. Se parte de este modo, consciente o inconscientemente, según sea el caso, de la categoría lógica de convergencia, que se produce cuando varios preceptos disciplinan un sector común de hipótesis delictivas. Las ventajas de este modelo son fundamentalmente la posibilidad de fijación conceptual del fenómeno, que se incardina en el ámbito de la llamada convergencia de normas con efectos de la misma naturaleza.[633]

b) Modelo amplio: frente a esta posición restrictiva, y fuertemente anclada en presupuestos lógicos, la doctrina mayoritaria opta por configurar el concurso de leyes de modo no necesariamente vinculado con el fenómeno de la convergencia normativa en abstracto, entendida formalmente. Lo fundamental de tal concepción radica en que el concurso aparente se desvincula del fenómeno de la convergencia lógica en abstracto, que presupone, según se vio, al menos la intersección en un común del hecho regulado por las diversas normas. En lugar de basar el concurso de leyes en la concurrencia de varias conminaciones penales abstractas en una clase determinada de comportamientos, se parte de la concurrencia, al menos formal, de varias pretensiones punitivas en el momento del enjuiciamiento, o singularmente de la posibilidad de afirmar que, al margen de una relación de interferencia deducida del tenor de los tipos, es posible constatar también un solapamiento desvalorativo entre ellos.[634]

[631] Véase *Derecho penal mexicano...*, p. 231.

[632] Es preciso señalar que se trata básicamente de enfoques sistemáticos diversos de la materia. El estudio de las diversas aportaciones doctrinales sobre el tema, devela con demasiada frecuencia la escasa trascendencia de la perspectiva metodológica adoptando cuando se trata de decidir, en el caso concreto, por la unidad o pluralidad delictiva referida a conductas determinadas.

[633] Tal planteamiento, que parte de un concepto lógico abstracto asentado en la teoría general del Derecho, lleva a excluir los casos de actos previos y posteriores co-penados del concepto de concurso de leyes.

El concurso no tiene nada que ver, por tanto, con un auténtico concurso, sino con un problema de determinación de la ley o precepto legal aplicable, cuando aparentemente son varios los que vienen en consideración. Es en este sentido que se ha pronunciado la tesis siguiente:

"**DEFRAUDACIÓN FISCAL, DELITO DE. TIPO GENÉRICO Y TIPOS ESPECÍFICOS. SU DIFERENCIA.** Del texto de los artículos 108 y 109 fracción I, del Código Fiscal de la Federación, se desprende que el primero describe el delito de defraudación fiscal mediante una conducta que, con el uso de engaño o aprovechamiento de error, omita total o parcialmente el pago de alguna contribución o bien obtenga un beneficio indebido en perjuicio del fisco federal. En cambio, en la descripción del tipo contenido en el artículo 109 fracción I, del propio ordenamiento, se alude al mismo delito de defraudación fiscal, cuando el medio de ejecución sea la declaración fiscal en la que presente ingresos menores a los realmente obtenidos o deducciones falsas. Luego, en ambos delitos el bien jurídico tutelado es el patrimonio del fisco, en ambos el sujeto activo es el causante o persona física o moral que omite total o parcialmente el pago de sus contribuciones. Las diferencias entre ambos tipos estriban en que para el previsto en el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, el medio de ejecución es el uso de engaños o aprovechamiento de errores, y en cambio el medio de ejecución del segundo tipo previsto en la fracción I, del artículo 109 del Código Fiscal de la Federación, es consignar en las declaraciones que presente el causante para efectos fiscales, ingresos menores a los realmente obtenidos o deducciones falsas. Así, no hay un concurso aparente de leyes en que se presente confusión sobre la norma que debe regular la conducta tipificada, pues cuando el medio de ejecución sea el engaño o aprovechamiento de error no plasmado en una declaración fiscal, ni se trate de las conductas establecidas en las fracciones II a V, del artículo 109 del Código Fiscal de la Federación, la conducta está descrita en el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación y cuando la conducta consista en haber declarado para

[634] El concurso aparente no se relaciona por ello necesariamente con una cuestión de técnica legislativa, sino más bien de aplicación, al caso concreto, del precepto apto para expresar la total reprobación del suceso examinado.

efectos fiscales ingresos menores a los realmente obtenidos o deducciones falsas, la norma aplicable será la contenida en la fracción I, del artículo 109 del Código Fiscal de la Federación. Si el principio de subsidiariedad radica en que dos normas describan grados o estadios diversos de la violación del mismo bien jurídico, de modo que el descrito por la disposición subsidiaria, por ser menos grave que el descrito por la principal quede absorbida por ésta (M. E. Mayer, citado por Luis Jiménez de Asúa, en la obra Tratado de Derecho Penal, Tomo II, página 550), entonces de la comparación de los dos tipos delictivos a estudio no se advierte que en el artículo 108 citado que contenga una norma principal y el 109, fracción I, del propio ordenamiento, una norma subsidiaria de menor gravedad, puesto que en ambos tipos el bien jurídico es el mismo pero la gravedad es idéntica como lo denota la igualdad de las penas. En cambio lo que existe es una relación de general a especial y esta razón de especialidad deriva precisamente de la naturaleza del medio de ejecución de tal manera que cuando ésta consista en una declaración fiscal en que se declaran ingresos menores de los obtenidos o deducciones falsas, entonces la norma aplicable es única y exclusivamente la tipificada en el artículo 109 fracción I, del Código Fiscal de la Federación".

Octava Época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XI, Marzo de 1993, Página: 256.

En otros términos, la orientación doctrinal que examinamos mantiene la relativa autonomía conceptual del concurso de leyes, configurado como el revés del concurso de delitos de la clase que fuere. La exclusión de estos problemas del estudio relativo al concurso aparente no debe sin embargo inducir a engaño: a falta de pronunciamiento explícito sobre la naturaleza del fenómeno, la ubicación diversa de otros problemas de unidad delictiva pudiera obedecer más a razones de tipos convencionales y expositivas.

V. La responsabilidad civil derivada del delito

Los comportamientos constitutivos de ilícito penal, son merecedores de la aplicación de una pena o medida de seguridad; en tanto que los constitutivos de un ilícito civil son comportamientos dañosos, no tipificados por la ley penal, y cuya sanción (por considerar que no lesionan bienes jurídicos) consiste en imponer al autor una obliga-

ción de resarcimiento o indemnización, coincidiendo lo anterior en parte con el criterio sustentado por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, publicada la tesis VI.3o.C.71 C, Tomo: X, Diciembre de 1999, en la Novena Época, visible en la página 776, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, bajo la rúbrica:

"**RESPONSABILIDAD CIVIL PROVENIENTE DE LA COMISIÓN DE UN DELITO. NO ES INDISPENSABLE QUE SE CONDENE CRIMINALMENTE AL ACUSADO, PARA QUE SE LE CONSIDERE RESPONSABLE EN LA VÍA CIVIL, POR SER AMBOS PROCESOS DE NATURALEZA DISTINTA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).** Del texto de los artículos 864, 865, 866, fracción III, y 867 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Puebla, integral y armónicamente concatenados, se observa que no se requiere que antes de dictar sentencia definitiva en el juicio de responsabilidad civil proveniente de delito, exista sentencia penal condenatoria, toda vez que admitir ese criterio haría nugatorio el derecho que establecen los artículos en comento, a fin de que la víctima del delito o los parientes o personas facultadas legalmente para ello, puedan hacer efectivo a través de la vía civil, el daño causado por el delito o como consecuencia de éste, porque se podría llegar al extremo de que si no se aprehende al inculpado oportunamente, la acción penal se extinguiría y nunca se dictaría sentencia, menos condenatoria, en el proceso penal y correlativamente tampoco se pronunciaría en el juicio civil. El fallo que se emita en éste no está condicionado, ni debe condicionarse a la sentencia penal, pues ambos procesos y consecuentemente las sentencias, son de naturaleza distinta; el juicio penal es de orden público, la sociedad está interesada en él y su fin último es la determinación de la comprobación del cuerpo del delito y la responsabilidad penal del acusado, incluyendo, en caso afirmativo, la reparación del daño en forma automática, por tener el carácter de pena pública, en términos del artículo 50 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla; en cambio, el juicio civil está regido por normas que pertenecen al Derecho privado, en el que se controvierten intereses particulares y el daño causado por el delito debe estar plenamente acreditado, para que proceda la condena a su pago".

1. *Concepto y naturaleza*

Sin embargo, en los últimos años se discute vivamente la cuestión y se estudia en proyectos modelo si la reparación del daño, como san-

ción novedosa frente a las penas y a medidas de seguridad,[635] puede dar lugar a una "tercera vía" del Derecho Penal.[636]

Un mayoritario sector doctrinal considera que la reparación es útil desde el punto de vista de la prevención especial. Así, el compromiso surgido entre el delincuente y la víctima motiva al primero a enfrentarse con el delito y su repercusión social llevándole a admitir como justa la reparación; en este sentido es procedente el juicio de amparo, tal y como lo ha manifestado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de Jurisprudencia 1a./J. 103/2001, emitida por la Primera Sala, Novena Época Tomo: XIV, Diciembre de 2001, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta y visible en la página: 112, bajo el rubro siguiente:

"REPARACIÓN DEL DAÑO. EL OFENDIDO O LA VÍCTIMA DE ALGÚN DELITO ESTÁN LEGITIMADOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES QUE AFECTEN ESE DERECHO, ÚNICAMENTE POR LO QUE A ESE ASPECTO SE REFIERE Y SIEMPRE QUE CONTRA ÉSTAS NO PROCEDA MEDIO ORDINARIO ALGUNO DE DEFENSA. Si de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, el derecho del ofendido o de la víctima de algún delito a obtener la reparación del daño, fue elevado a rango de garantía individual y toda vez que la protección de ésta debe ser inmediata, resulta inconcuso que la autoridad jurisdiccional está obligada a respetarla y, por tanto, en contra de las resoluciones dictadas en segundo grado o en los incidentes de reparación o de responsabilidad civil que afecten aquel derecho, el ofendido o la víctima de algún delito que tengan la expectativa legal de dicha reparación están legitimados para promover el juicio de amparo, únicamente por lo que al aspecto de la afectación se refiere y siempre que contra ellas no exista medio ordinario alguno de defensa. Lo anterior se robustece si se toma en consideración que conforme al criterio de este Alto Tribunal contenido en la tesis P. CLXVI/97, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VI, diciembre de 1997, página 111, de rubro: "ACCIÓN PENAL. LAS RESOLUCIONES SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA, SON SUSCEPTIBLES DE VIOLAR GARANTÍAS INDIVIDUALES Y, POR TANTO, EN SU CONTRA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO." El espíritu que impulsó el Decreto de reformas al diverso artículo 21 de la citada Constitución Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, estuvo inspirado en la necesidad de crear instrumentos regulados por normas y criterios objetivos, a fin de controlar la legalidad de los actos de autoridad sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, que afectaren los derechos del ofendido o de la vícti-

[635] Resulta ejemplificativa la tesis aislada I.3o.P.50 P, de la novena época, tomo XV Febrero de 2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, visible en la página 920, bajo la rúbrica:

"REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE HOMICIDIO. LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL (INTERRUPCIÓN DE LA TESIS I.3o.P.32 P, PUBLICADA EN LA PÁGINA 904 DEL TOMO XIII, AGOSTO DE 1998, DEL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA). De acuerdo al decreto de promulgación que hizo la Asamblea Legislativa del Distrito Federal respecto del Código Penal para el Distrito Federal de quince de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal y en el Diario Oficial de la Federación los días diecisiete y treinta de septiembre de ese año, y con vigor a partir del primero de octubre del año mencionado, dentro del catálogo de reformas y adiciones se advierte que el legislador local agregó un último párrafo al artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra dice: "Tratándose de delitos que afecten la vida y la integridad corporal, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo.", lo cual significa que el legislador ordinario, para un mejor equilibrio entre las garantías de quienes delinquen y los derechos de las víctimas, precisó el mecanismo para garantizar la reparación del daño, estableciendo para ello un parámetro basado en la Ley Federal del Trabajo para determinar el monto mínimo de dicha reparación, advirtiéndose claramente que la víctima o las personas con derecho a recibir la reparación del daño por un delito que afecte la vida, tienen garantizada por ley la fijación del monto mínimo con base en las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, aun sin pruebas en el proceso para determinar el monto de la misma, pues esta forma de cuantificar dicho monto de la reparación es precisamente el límite mínimo, y lo dispuesto en el artículo 31 del referido Código Penal local respecto a la fijación de la reparación del daño con base en las pruebas obtenidas en el proceso, debe entenderse para cuando el monto de una reparación sea superior a ese mínimo, caso en el cual la o las personas con derecho a recibir la reparación del daño habrán de aportar las pruebas para demostrar la procedencia y monto de la misma, como se establece en el artículo 34 del citado código sustantivo. En esa virtud, este Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito declara la interrupción de su tesis en la que sostenía el criterio de que para que fuese procedente la condena a la reparación del daño con base en la Ley Federal del Trabajo, tendrían que aportarse pruebas durante el proceso para acreditar el daño que debía resarcirse, considerando que la aplicación del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, entonces vigente, requería satisfacer ese presupuesto".

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1493/2000. Unanimidad de votos. 15 de mayo de 2001. Ponente: Manuel Morales Cruz. Secretario: José Francisco Zárate Ruiz.

[636] Este concepto es utilizado por Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General...*, p. 108.

ma de algún delito, entre los que se encuentra el de obtener la reparación del daño".

De este modo, la misma ampliaría el catálogo de consecuencias jurídicas que, junto a la pena y a la medida de seguridad, desempeñaría el papel de una tercera vía de sanción autónoma. Incluso, el resarcimiento de la víctima se convierte en un excelente medio que permite, en determinados casos, moderar e incluso suplir a la propia pena.

Sin embargo, ha sido objeto de críticas el que se trate la "responsabilidad civil derivada del delito" dentro del Código Penal Federal[637] en términos del artículo 29, la multa y la reparación del daño son las dos formas de la sanción pecuniaria. El alcance de esto significa que, tratándose de una sanción penal, es impuesta por el Juez Penal Federal en seguimiento de un proceso penal instruido en relación con la comisión de un delito, lo que significa que es exigible a través del Ministerio Público de la Federación, si bien con la coadyuvancia de los ofendidos, pues con ello se sirve más a los intereses de las víctimas que con una pena privativa de libertad o de multa, que a menudo realmente frustran una reparación del daño por el autor.[638]

Sin embargo, esto no es asequible a favor del ofendido cuando se comete el delito de cohecho por las razones que sustenta el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la tesis I.3o.P.45 P, Novena Época, Tomo: X, Octubre de 1999, publicada en la página 1339 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, bajo la rúbrica:

> "**REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE COHECHO. ES INDEBIDA SI SE ORDENA EN FAVOR DEL OFENDIDO**. De acuerdo al último párrafo del artículo 222 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, tratándose del delito de cohecho, en ningún caso debe devolverse el dinero o dádivas objeto del ilícito a los "responsables del delito", sino que las mismas deben aplicarse en beneficio del Estado; ahora bien, en la interpretación del aludido párrafo, se

[637] En el mismo sentido Plascencia Villanueva, Raúl, *La responsabilidad penal en materia ambiental*, Responsabilidad en materia ambiental, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 202, el tema de la reparación del daño ha sido objeto de múltiples reformas, así como de innumerables reclamos por parte de la sociedad en general, muestra de ello fue la reforma de 1994 en que se le otorgó el carácter de pena pública y en consecuencia se obligó al agente del Ministerio Público a solicitar la condena en lo relativo a la reparación del daño y al juez a resolver lo conducente.

[638] Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General...*, p. 109.

> advierte que el espíritu del legislador al referirse a "responsables", no sólo tuvo la intención de señalar a aquellas personas condenadas penalmente por ese delito, sino también a las que intervinieron en su comisión, aun cuando no exista determinación judicial sobre su responsabilidad penal; por tanto, es indebida la condena a la reparación del daño en favor del ofendido por el delito de cohecho, porque éste también es responsable por haber colaborado en la perpetración de ese ilícito."

Investigaciones empíricas también han demostrado que tanto el lesionado como la comunidad otorgan nulo o escaso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño en la forma de una composición autor-víctima, en casos de pequeña o mediana criminalidad. De ahí que, en casos que actualmente se castigan con una pequeña pena de multa, se podría prescindir de la pena cuando se produce una reparación total del daño; y en delitos más graves, la reparación del daño podría originar de todos modos una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria de la pena,[639] tal y como lo prevé el artículo 31 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual expresamente señala que la reparación del daño será fijada por los jueces, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso, por ejemplo en el homicidio, en términos de la jurisprudencia 1a./J. 88/2001, Novena Época, Tomo: XIV, Diciembre de 2001, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, visible en la página 113, con la rúbrica siguiente:

> "**REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DELITO DE HOMICIDIO. PARA QUE SE CONDENE A ELLA BASTA QUE EL JUZGADOR TENGA POR ACREDITADA LA COMISIÓN DEL ILÍCITO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).** Si bien es cierto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal para el Distrito Federal, la reparación del daño será fijada por los Jueces, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso, también lo es que tratándose del delito de homicidio, al resultar claro que tal reparación no puede consistir en la devolución de la cosa obtenida con motivo del delito o en el pago de su precio, ni tampoco en el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con su comisión, toda vez que, por una parte, es imposible restituir la vida de una persona y, por otra, ésta tampoco puede ser valuada económicamente por no encontrarse en el comercio, lo que, a su vez, trae como consecuencia que no sea viable que los beneficiarios o derechohabientes puedan exigir el lucro cesante por una falta de

[639] *Idem.*

ganancia o de acrecentamiento patrimonial derivada de la muerte de la víctima, la aludida reparación debe circunscribirse al pago de una indemnización por los daños materiales o morales causados a que se refiere la fracción II, del artículo 30 del propio Código, siendo que es de reconocido Derecho que los primeros sí pueden ser objeto de prueba, al revestir un contenido económico patrimonial y, por tanto, objetivo, mientras que los segundos, al no compartir esa misma naturaleza, deben sujetarse a reglas especiales de valoración. Ahora bien, si en este aspecto, el artículo 30, último párrafo, del mencionado código punitivo establece, de manera especial, que tratándose de delitos que afecten la vida, el monto de la reparación del daño no podrá ser menor del que resulte de aplicarse las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo, cuyos artículos 500 y 502 prevén una indemnización equivalente a dos meses de salario mínimo por gastos funerarios (daño material) y una cantidad adicional, equivalente a setecientos treinta días de salario mínimo, con la cual se pretende compensar el daño moral, es inconcuso que de manera imperativa obliga al juzgador en este tipo de delitos, a condenar a la reparación del daño, simplemente con tener por acreditada la comisión del delito de homicidio, por lo que, en principio, no es necesario que el Ministerio Público o los interesados aporten mayores pruebas para acreditar el daño causado, salvo en el caso de que consideren que los daños son superiores a los previstos en la legislación laboral, pues en este supuesto encontraría plena aplicación el principio general contenido en el primer párrafo del artículo 31 del Código Penal para el Distrito Federal, en relación con el primer párrafo del artículo 34 del propio ordenamiento legal, en virtud de que el aludido artículo 30, último párrafo, sólo establece una base mínima a la cual deberá sujetarse el juzgador para calcular el monto de la indemnización".

Y por lo que respecta al artículo 34 del Código Penal Federal,[640] tal reparación del daño que reúne las características de sanción

[640] La reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público. El ofendido o sus derechohabientes podrán aportar al Ministerio Público o al juez en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales.

El incumplimiento por parte de las autoridades de la obligación a que se refiere el párrafo anterior, será sancionado con multa de treinta a cuarenta días de salario mínimo.

Cuando dicha reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales.

pecuniaria penal, es la que corresponde hacer al delincuente y que, precisamente, tiene el carácter de pena pública, exigible *exofficio* por el Ministerio Público de la Federación con la coadyuvancia del ofendido o de sus derechohabientes.

Existen consideraciones de que, por una parte, se sometía una misma obligación a una doble regulación, de modo que las diferencias entre una y otra configuración se entendían injustificadas y confundían sobre la naturaleza y características de la obligación de reparar el daño cuando éste es consecuencia de un delito; y, por otro lado, en torno a que se advertían deficiencias de la regulación como consecuencia de la articulación procesal de la pretensión y en el sistema de reenvíos que había de coordinar ambas normativas (civil y penal).

Sea cual sea la función político-criminal que se adjudique al acto de reparación, lo que aquí interesa destacar es el acuerdo mayoritario de la doctrina sobre la naturaleza jurídico-civil y no penal de la responsabilidad civil *ex delicto*. El hecho de que un juez de lo penal pueda resolver sobre la misma es, como se dijo, una opción de carácter procesal.

2. *Extensión de la responsabilidad civil derivada de delito*

Pese a las críticas vertidas al sistema mexicano, se ha destacado que la regulación en el ámbito penal sobre la reparación de la responsabilidad civil *ex delicto*, unida a la posibilidad de acumular en el proceso penal la pretensión reparatoria a través de la acción civil *ex delicto*, resultan eficaces y beneficiosas para el perjudicado; advirtiéndose en este sentido que los ordenamientos basados en una estricta separación de cuestiones privadas y públicas presentes en el hecho criminal se están modificando, en atención a la víctima, según un sistema flexible como el nuestro.[641]

En el uso de estas acciones, tanto la jurisprudencia como la doctrina dan preferencia a la restitución frente a la reparación, por lo demás, ambas compatibles con el ejercicio de la indemnización. Ello es así dada su distinta naturaleza. En los dos primeros casos, el resarcimiento de la víctima adopta un contenido básicamente real; mientras que la indemnización juega un papel sustantivo, caso de

Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente.

[641] Malo Camacho, Gustavo. *Derecho Penal mexicano*... *ob. cit.*, p. 683.

imposibilidad de proceder a la restitución o reparación, o complementario de aquéllas.

3. *Personas civilmente responsables*

La reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública; pero cuando la misma reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en los términos que fija el Código Federal de Procedimientos Penales, en los artículos 489,[642] 490,[643] 491,[644] 492[645] y 493.[646]

Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 32 del Código Penal Federal:

I. Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que hallaren bajo su patria potestad;
II. Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su patria potestad;

[642] La acción para exigir la reparación del daño a personas distintas del inculpado, de acuerdo con el artículo 32 del Código Pena, debe ejercitarse por quien tenga derecho a ello ante el tribunal que conozca de la pena; pero deberá intentarse y seguirse ante los tribunales del orden común, en el juicio que corresponda, cuando haya recaído sentencia irrevocable en el proceso sin haberse intentado dicha acción, siempre que el que la intente fuere un particular. Esto último se observará también cuando, concluida la instrucción, no hubiere lugar al juicio penal por falta de acusación del Ministerio Público y se promueva posteriormente la acción civil.

Cuando promovidas las dos acciones hubiere concluido el proceso sin que el incidente de reparación del daño esté en estado de sentencia, continuará conociendo el tribunal ante quien se haya iniciado.

[643] A la falta de disposición expresa de este Código, en la tramitación de los incidentes sobre reparación del daño exigible a persona distinta del inculpado, supletoriamente se aplicará, en lo conducente o en lo que determina la ley, el Código Federal de Procedimientos Civiles. Estos incidentes se tramitarán por separado. Las notificaciones se harán en la forma que señala el capítulo XII del Título Primero de este Código.

[644] Si el incidente llega al estado de alegar antes de que concluya la instrucción, se suspenderá hasta que el proceso se encuentre en estado de sentencia, la que se pronunciará resolviendo a la vez sobre la acción penal y sobre la reparación del daño exigible a personas distintas del inculpado, produciéndose los alegatos en la audiencia del juicio penal.

[645] En los casos previstos en las fracciones I y III del artículo 468, se continuará la tramitación del incidente hasta dictarse sentencia.

[646] Las providencias precautorias que pudiere intentar quien tenga derecho a la reparación, se regirán por lo que dispone el Código Federal de Procedimientos Civiles, sin perjuicio de las facultades que las leyes conceden al Fisco para asegurar su interés.

III. Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos,
IV. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan su obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio;
V. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los términos que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan.
Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con bienes propios por la reparación del daño que cause y;
VI. El Estado, solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquéllos fueren culposos.[647]

La reparación del daño a que posiblemente sea condenado el inculpado, debe garantizarse al momento de obtener su libertad provisional, conforme a lo previsto por el artículo 20, apartado "A", fracciones I y X Constitucional y 556 del Código de Procedimientos

[647] Sin embargo, el Código Penal del Estado de México, por ejemplo: se expresa de manera diferente, con el criterio expuesto por el Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, visible en el Tomo: XI, Marzo de 1993, Octava Época, publicada en la página 360, del Semanario Judicial de la Federación, bajo la rúbrica:

"**REPARACIÓN DEL DAÑO. NO ES NECESARIO ATENDER A LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL OBLIGADO A PAGARLA TRATÁNDOSE DE DELITOS PATRIMONIALES. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).** No obstante que es verdad que el artículo 30 del Código Penal no establece ninguna diferencia entre la reparación de los daños moral y material, en cuanto a si debe atenderse en ambos casos o sólo en uno de ellos a la capacidad económica del obligado a cubrir dicha reparación; sin embargo, el artículo 32 del propio ordenamiento legal en la última parte dispone que: "dicha reparación en todo caso, tratándose de delitos patrimoniales será siempre por la totalidad del daño causado"; lo cual permite concluir que tratándose del delito de daño en los bienes, o cualquier ilícito de tipo patrimonial, la condena a la reparación del daño no requiere sustentarse en el examen de la situación pecuniaria del acusado, porque la legislación penal previene que siempre comprenderá íntegramente el daño causado; es decir, ninguna trascendencia tiene para decretar la condena la condición económica del inculpado que debe cubrirla."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 25/93. Aniceto Bonilla Navarro. 3 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Joel A. Sierra Palacios.

Penales para el Distrito Federal, de idéntico contenido al 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como al criterio sostenido por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en la tesis I.1o.P.15 P, Tomo: IV, Septiembre de 1996, Novena Época, publicada en la página: 671, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, bajo la rúbrica:

> "**LIBERTAD PROVISIONAL, REPARACIÓN DEL DAÑO EN LA. LA GARANTÍA PARA LA PROCEDENCIA DEL BENEFICIO ES PERSONAL.** Del análisis armónico de los artículos 20, fracciones I y X constitucional y 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de idéntico contenido al 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, todos en vigor, se desprende que el objeto de exigir al inculpado la garantía de la reparación del daño, a fin de que pueda gozar del beneficio de la libertad provisional, es el de tutelar la protección restitutoria de los derechos de la víctima u ofendido del delito, en el eventual supuesto de que aquél resulte condenado a esta prestación; por ende, cuando concurren varios inculpados, para poder gozar del beneficio liberatorio y no hacer nugatoria la tutela proteccionista, cada uno de ellos debe otorgar esa garantía por la totalidad del monto del daño estimado y no aprovecha a sus coinculpados el que uno de ellos la exhiba previamente, ya que de resultar absuelto éste no se podrá disponer de su garantía para saldar la hipotética condena de los que no la exhibieron; a no ser que quien la presente exprese que aprovecha a sus coinculpados, o que se exhiba conjuntamente con la manifestación expresa de que servirá para reparar el daño a que alguno de ellos resultare condenado".

La reparación del daño que se exija a terceros, de acuerdo con el artículo 32 del Código Penal Federal, debe promoverse ante el juez o tribunal que conoce la acción penal, en cualquier estado del proceso.[648] Sin embargo, resultaría ilegal la determinación del tribunal de alzada, de confirmar la condena al pago de la reparación del daño, si no se expresan los motivos, razones o datos particulares por los cuales concluyó en el extremo anotado, pues, al respecto, no basta que se citen los preceptos legales aplicables, al igual que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 32 del Código Penal vigente para el Estado de México, por ejemplo, la reparación del

[648] Cuando la parte interesada en la responsabilidad civil no promoviere el incidente, después del fallo el proceso respectivo, podrá exigirla por demanda puesta en la forma que determina el Código de Procedimientos Civiles, según fuere la cuantía del negocio y ante los tribunales del mismo orden.

daño se exigirá de oficio por el Ministerio Público, quien deberá acreditar su monto y procedencia; por lo que, si la sentencia reclamada condena al quejoso al pago de la reparación del daño, no obstante que en las conclusiones acusatorias formuladas por la autoridad ministerial no se hizo razonamiento alguno encaminado a demostrar los extremos mencionados, aun cuando es la autoridad encargada de acreditar la pretensión punitiva del Estado y se limitó a mencionar en sus puntos petitorios que ha lugar a su pago, se actualiza la infracción a lo dispuesto por el artículo 21 constitucional, en perjuicio del quejoso en el juicio de garantías.

Ante cualquier puesta en peligro o lesión al ambiente, por ejemplo, las personas jurídicas se encuentran obligadas a reparar el daño ocasionado por sus dependientes, empleados, jornaleros, empleados, domésticos, artesanos, socios, gerentes, directores; y, el Estado, por lo delitos que cometan sus servidores públicos, de lo que se desprende la posibilidad de responsabilizar a las personas jurídicas para efectos de la reparación del daño, que aun cuando es una consecuencia de carácter eminentemente civil, cobra importancia su análisis para el Derecho Penal cuando el daño es como consecuencia de la comisión de un delito[649] y en el caso de los delitos fiscales, por ejemplo, haciendo una interpretación armónica de los artículos 101, 94 y 17-A del Código Fiscal de la Federación, en relación con el 45 de la Ley Aduanera, permite establecer que, tratándose de delitos fiscales, para que proceda la condena condicional, es necesario justificar, además de los requisitos señalados en el artículo 90 del Código Penal Federal, que los adeudos fiscales estén cubiertos o garantizados a satisfacción de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; por lo que los jueces federales no pueden sustituirse a la opinión de dicha dependencia del Ejecutivo, que es la única facultada para ello e incluso para otorgar el perdón al inculpado. Lo anterior es así porque, en estos casos, no procede la condena a la reparación del daño ni tampoco la imposición de multas, que quedan bajo el resorte competencial de las autoridades exactoras (artículo 94), quienes en términos del diverso 17-A ya citado, están facultadas para determinar el monto de las contribuciones omitidas, los recargos y las sanciones administrativas correspondientes, tomando en cuenta el tiempo transcurrido y los cambios de precios que hubiere sufrido la mercancía en el país de acuerdo con el procedimiento allí detallado; por ello, no basta que la mercadería secuestrada quede afecta directamente al cumplimien-

[649] *Cfr.* al respecto Plascencia Villanueva, Raúl. *La responsabilidad penal en materia ambiental... ob. cit.*, p. 202.

to de las obligaciones y créditos fiscales, para considerar que ha quedado cubierto el interés fiscal, pues se reitera que es necesario calcular el importe de cada uno de los conceptos regulados por el artículo 94 del Código Fiscal de la Federación; lo que de ninguna manera podrían hacer los jueces federales por carecer de competencia para ello. De sostener el criterio contrario, llevándolo al absurdo, tendría que aceptarse que los jueces federales también estarían facultados para fijar las multas que procedan y condenar a la reparación del daño causado al Estado, previa cuantificación de éste.[650]

1. Responsabilidad civil en caso de determinadas eximentes. Existe acuerdo en considerar que mediando una causa de justificación, distinta a la del estado de necesidad, carece de sentido hablar de culpa extracontractual, ya que la conducta del sujeto, en ningún modo, ha resultado contraria al ordenamiento jurídico. En el caso del que obra violentado por fuerza irresistible, la opinión mayoritaria coincide en considerarla como una causa de ausencia de acción, en el sentido penal y, por tanto, también libre de culpa.

2. Responsables civiles subsidiarios. Dentro de este grupo de supuestos se contempla una fuente de responsabilidad civil. Se trata de ciertas personas que, sin haber cometido delito o falta alguna, aparecen como responsables civiles *subsidiarios* con el fin de suplir la insolvencia de los responsables del delito.

En atención al carácter de las personas responsables, se pueden distinguir dos categorías:

a) Personas naturales o jurídicas no públicas;
b) Responsabilidad civil de la Administración Pública.

Finalmente, es preciso señalar que el acreditamiento del delito en la práctica judicial, puede contener una incorrecta aplicación del Derecho; ello ocurre cuando un tribunal justifica su decisión mediante definiciones de los elementos del ilícito que, aunque plausibles, no sean las más convincentes o, cuando la justificación de su valoración no resulte aceptable en el contexto valorativo del orden jurídico.

Esta aparente paradoja es consecuencia de una ciencia jurídica que no puede establecer una verdad única y excluyente de otras.

En el caso de México, es preciso amalgamar la doctrina con el derecho positivo, salvaguardar las garantías individuales de debido proceso, legalidad y seguridad jurídica por todos aquellos que hacen de su quehacer cotidiano la aplicación del derecho penal.

[650] Véase sobre el particular la tesis aislada XXVI.1 P, de la novena época, tomo: XV, enero de 2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, visible en la página 1342, con la rúbrica:

"REPARACIÓN DEL DAÑO. EL OTORGAMIENTO O NO DE PLAZOS PARA SU PAGO QUEDA AL PRUDENTE ARBITRIO DEL JUZGADOR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA SUR). Conforme al artículo 48, primer párrafo, del Código Penal para el Estado de Baja California Sur, que establece: "El juzgador, teniendo en cuenta el monto del daño y la situación económica del obligado, podrá fijar plazos para el pago de la reparación de aquél, los que en su conjunto no excederán de un año, pudiendo para ello exigir garantía si lo considera conveniente.", se concluye que, ciertamente, al incluir dicha disposición la expresión "podrá", se otorga amplia potestad decisoria al juzgador para otorgar o no plazos para el pago de la reparación del daño, pero ello no significa facultad absoluta, sino que debe utilizar su prudente arbitrio, que en el caso debe estar orientado por el monto que ha de cubrir y la capacidad económica del obligado, tomando en cuenta además que el fin primordial de la reparación del daño es el de resarcir íntegramente el menoscabo ocasionado al ofendido o a sus derechohabientes con motivo del delito cometido, lo que obedece al interés colectivo que prevalece para su cumplimiento, dada su naturaleza de pena pública."

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 92/2001. 22 de febrero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Martín Guerrero Aguilar. Secretario: Agustín Bacilio Reyes Padilla.

Amparo directo 237/2001. 9 de agosto de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Martín Ramírez Ibarra, Secretario de tribunal autorizado por el Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Carlos Trinidad Salazar Arellano.

Amparo directo 238/2001. 16 de agosto de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Arriaga García. Secretaria: Laura Elena Cano Vélez.

Amparo directo 257/2001. 31 de agosto de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Tito Contreras Pastrana. Secretario: Jaime Arturo Garzón Orozco.